

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft
Reihe C: Strafrecht

Marc Thommen

Band 15

Medizinische Eingriffe
an Urteilsunfähigen
und die Einwilligung der Vertreter

Eine strafrechtliche Analyse
der stellvertretenden Einwilligung

Helbing & Lichtenhahn

Grenzfragen der Medizin wurden in jüngerer Zeit vermehrt zum Gegenstand rechtlicher Regelung gemacht, so etwa im Heilmittelgesetz, in der Biomedizin-Konvention oder im Entwurf zum Transplantationsgesetz. Hierbei wurde der Wandel von einem paternalistisch-fürsorgerischen Arzt-Patienten-Verhältnis hin zu einem von Autonomie und Selbstverantwortung geprägten Umgang mit Patienten konsequent für das Recht nachvollzogen. Vollkommen unbestritten ist heute, dass Patienten über die Vornahme medizinischer Eingriff in Eigenverantwortung entscheiden. Wer jedoch entscheidet für Urteilsunfähige, Personen also, die zu eigener Entscheidung nicht in der Lage sind?

Die vorliegende Arbeit widmet sich ausführlich diesen Rechtsfragen bei medizinischen Eingriffen an Urteilsunfähigen, insbesondere im Hinblick auf ihren zivilrechtlichen sowie strafrechtlichen Kontext. Der Autor legt einführend dar, wer als Vertreter für Urteilsunfähige eine solche Entscheidung treffen darf. An praktischen Beispielen zeigt er ferner die zivil- und verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Vertreterentscheidung auf, unter Einbezug der jüngsten Bundesgesetze und Entwürfe. Heilbehandlungen und experimentelle Eingriffe werden ebenso abgehandelt wie Organtransplantationen, Sterilisationen und Schwangerschaftsabbrüche. Zuletzt wird die Rechtsfigur der stellvertretenden Einwilligung noch aus Sicht des Strafrechts untersucht und in das System strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe eingegliedert.

ISBN 3-7190-2345-1



Helbing & Lichtenhahn

Dank

Mein Dank gilt an erster Stelle Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Kurt Seelmann, der die vorliegende Arbeit angeregt und während ihrer Entstehung betreut hat. Ihm habe ich auch zu verdanken, als wissenschaftlicher Mitarbeiter in das Nationale Forschungsprogramm zur Transplantationsmedizin (NFP 46) des Schweizerischen Nationalfonds integriert worden zu sein. Den Projektverantwortlichen und meinen Kolleginnen und Kollegen aus der NFP-46 Arbeitsgruppe zur Stammzellenforschung bin ich für die angenehme Zusammenarbeit verbunden. Dem Nationalfonds danke ich für die finanzielle Unterstützung meiner Arbeit und des Drucks. Ebenso bin ich der Basler Studienstiftung und dem Dissertationenfonds für die grosszügigen Beiträge an die vorliegende Publikation verbunden.

Prof. Dr. iur. Georg Müller, an dessen Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht ich während des Verfassens der Dissertation als Assistent tätig war, habe ich für die gewährten Freiheiten in der Arbeitsgestaltung sowie für die persönliche und wissenschaftliche Unterstützung zu danken.

Den Herren Professoren Dr. med. Ernst Leumann, Dr. med. David Nadal und insbesondere Dr. med. Beat Steinmann von der Universitätskinderklinik in Zürich danke ich für den interdisziplinären Austausch und die Anregungen aus ihrer Erfahrung in der pädiatrischen Forschung.

Besonders herzlicher Dank geht schliesslich an Chantal Hell, ehemalige Gerichtspräsidentin am Strafgericht Basel, die mich von Beginn weg mit sachkundigem Rat unterstützt hat. Ihrem geduldigen Beharren auf Leserlichkeit und Klarheit sowie ihrem mit grosser Sorgfalt versehenen Lektorat, ist die Arbeit in der vorliegenden Form zu verdanken.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern und meinen beiden Schwestern in Dankbarkeit für ihre vielseitige Unterstützung.

Basel/Zürich, im März 2004

Für

Hélène und André Thommen

Caroline und Christine

Inhaltsübersicht

Dank	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung.....	1
(i) Ausgangslage	1
(ii) Gegenstand der Untersuchung	2
(iii) Gang der Untersuchung.....	3
1. Teil: Zuständigkeit zur stellvertretenden Einwilligung.....	5
§ 1 Einwilligungszuständigkeit der Eltern	5
§ 2 Einwilligungszuständigkeit des Vormundes	7
§ 3 Einwilligungszuständigkeiten vormundschaftlicher Organe	8
§ 4 Einwilligungszuständigkeit von Angehörigen.....	12
§ 5 Einwilligungszuständigkeit bei privaten Vorsorgemassnahmen	17
§ 6 Fazit zum 1. Teil	20
2. Teil: Schranken stellvertretender Einwilligung	22
A. Allgemeine Schranken der Einwilligungsbefugnisse	23
§ 7 Kinds-/ Mündelwohl als Schranke der Vertretungsbefugnisse.....	23
§ 8 Frühere Wünsche als Schranke der Vertretungsbefugnisse	24
B. Therapeutische Eingriffe	28
§ 9 Heileingriffe.....	28
§ 10 Heilversuche	35
C. Nichttherapeutische Eingriffe	43
§ 11 Forschung mit Einwilligungsunfähigen	45
§ 12 Einwilligungsunfähige als Organspender.....	77
D. Nicht medizinisch motivierte Eingriffe	95
§ 13 Beschneidungen und Genitalverstümmelungen	96
§ 14 Sterilisationen	99
§ 15 Schwangerschaftsabbrüche	104
E. Fazit zum 2. Teil	108
3. Teil: Wirkungen stellvertretender Einwilligung	109
§ 16 Autonomie und Fremdbestimmung	109
§ 17 Einwilligung in Stellvertretung?	120

§ 18	Konsequenzen fehlender Vertretereinwilligung	129
§ 19	Fazit zum 3. Teil	137
Schlussbetrachtungen		139
Abkürzungsverzeichnis.....		141
Literaturverzeichnis		145
Materialien.....		180

Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Einleitung.....	1
(i) Ausgangslage	1
(ii) Gegenstand der Untersuchung	2
(iii) Gang der Untersuchung.....	3
1. Teil: Zuständigkeit zur stellvertretenden Einwilligung.....	5
§ 1 Einwilligungszuständigkeit der Eltern	5
§ 2 Einwilligungszuständigkeit des Vormundes	7
§ 3 Einwilligungszuständigkeiten vormundschaftlicher Organe	8
I. Fehlen oder Abwesenheit gesetzlicher Vertreter.....	8
II. Behördliche vor ärztlicher Einwilligungszuständigkeit?.....	9
III. Einwilligungsverweigerung gesetzlicher Vertreter	11
§ 4 Einwilligungszuständigkeit von Angehörigen.....	12
I. Angehörigeneinwilligung bei gesetzlich bereits Vertretenen.....	12
II. Angehörigeneinwilligung bei gesetzlich nicht Vertretenen	13
III. Angehörigeneinwilligung de lege ferenda	16
§ 5 Einwilligungszuständigkeit bei privaten Vorsorgemassnahmen	17
I. Vertrauensvormund (Art. 381 ZGB).....	17
II. Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen	17
III. Patientenverfügung	19
§ 6 Fazit zum 1. Teil	20
2. Teil: Schranken stellvertretender Einwilligung	22
A. Allgemeine Schranken der Einwilligungsbefugnisse	23
§ 7 Kinds-/ Mündelwohl als Schranke der Vertretungsbefugnisse.....	23
§ 8 Frühere Wünsche als Schranke der Vertretungsbefugnisse.....	24
B. Therapeutische Eingriffe	28
§ 9 Heileingriffe.....	28
I. Begriffliches	28
II. Voraussetzungen der Vertreterereinwilligung.....	29
1. Stellvertretende Zustimmung zu indizierten Eingriffen	29
2. Stellvertretende Verweigerung indizierter Eingriffe	30
III. Fazit	34
§ 10 Heilversuche	35
I. Begriffliches	35
II. Gesetzliche Regelung.....	37

	III. Voraussetzungen der Vertreter Einwilligung.....	38
	1. Fehlen oder Versagen von Standardtherapien.....	38
	2. Wissenschaftlich plausible Nutzenprognose.....	38
	3. ‚Nihil obstat‘ der Ethikkommission.....	39
	4. Eingriffsverweigerung.....	40
	5. Widerrufsrecht, Formalia.....	40
	6. Einwilligungspflicht?.....	41
	IV. Fazit	42
C.	<i>Nichttherapeutische Eingriffe</i>	43
§ 11	Forschung mit Einwilligungsunfähigen	45
	I. Begriffliches	45
	II. Gesetzliche Regelung.....	46
	III. Fremdnützige Forschung und Betroffenenwohl?	49
	IV. Verfassungsmässigkeit.....	50
	V. Nutzenbezogene Rechtfertigung der Forschung	53
	1. Mittelbarer Nutzen fremdnütziger Forschung.....	53
	2. Nutzen für Alters- und Leidensgenossen.....	55
	3. Harmlosigkeit des fremdnützigen Forschungseingriffes.....	57
	4. Fazit	60
	VI. Autonomiebezogene Rechtfertigung der Forschung	61
	1. Idee einer ‚Forschungsverfügung‘.....	61
	2. Verbindlichkeit der ‚Forschungsverfügung‘.....	62
	3. Fazit zur ‚Forschungsverfügung‘.....	65
	VII. Notwendigkeit der Forschung als Rechtfertigung	66
	1. Notwendigkeit der Forschung - therapeutische Verweisung.....	66
	2. Notwendigkeit kontrollierter klinischer Studien.....	68
	3. Notwendigkeit Placebo-kontrollierter Studien.....	70
	4. Notwendigkeit rein fremdnütziger Forschung.....	72
	5. Notwendigkeit der Forschung? - Fazit	74
	VIII. Fazit zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen	75
§ 12	Einwilligungsunfähige als Organspender.....	77
	I. Begriffliches	77
	II. Gesetzliche Regelung.....	79
	III. Verfassungsmässigkeit.....	82
	IV. Nutzenbezogene Rechtfertigung der Entnahmen	84
	1. Beschränkung auf regenerierbare Gewebe und Zellen.....	84
	2. Spende einschränkung auf Familienangehörige.....	86
	3. Interessenkonflikte.....	87
	4. Notstandssituation.....	88
	V. Autonomiebezogene Rechtfertigung der Entnahmen.....	90
	1. Mutmassliche Spendebereitschaft.....	90
	2. Spende verfügung.....	92
	VI. Fazit	93
D.	<i>Nicht medizinisch motivierte Eingriffe</i>	95
§ 13	Beschneidungen und Genitalverstümmelungen	96
§ 14	Sterilisationen	99

	I. Gesetzliche Regelung?.....	99
	II. Verbot der Sterilisation Minderjähriger?	100
	III. Sterilisation geistig behinderter Männer?.....	101
	IV. Indikationen zur Sterilisation	102
	V. Fazit	103
§ 15	Schwangerschaftsabbrüche	104
	I. Vertreter Einwilligung beim indizierten Schwangerschaftsabbruch (Art. 119 Abs. 1 StGB)	104
	II. Vertreter Einwilligung bei der ‚Fristenregelung‘ (Art. 119 Abs. 2 StGB)	105
	III. Fazit	107
E.	Fazit zum 2. Teil	108
3. Teil:	Wirkungen stellvertretender Einwilligung	109
§ 16	Autonomie und Fremdbestimmung	109
	I. Vertreter Einwilligung als Fiktion	109
	II. Vertreter Einwilligung bei höchstpersönlichen Rechten.....	110
	III. Vertreter Einwilligungen und Rechtfertigungsprinzipien	112
	IV. Vertreter Einwilligung bei genuiner Urteilsunfähigkeit.....	113
	V. Vertreter Einwilligung bei nachträglicher Urteilsunfähigkeit.....	115
	VI. Fazit	118
§ 17	Einwilligung in Stellvertretung?	120
	I. Notstandshilfe statt Vertreter Einwilligung?.....	120
	II. Mutmassliche Einwilligung statt Vertreter Einwilligung?.....	122
	III. Festhalten an der Vertreter Einwilligung?	125
	IV. Funktion der Vertreter?.....	126
	V. Fazit	128
§ 18	Konsequenzen fehlender Vertreter Einwilligung	129
	I. Eigenmächtige Eingriffe an Urteilsfähigen	129
	II. Eigenmächtige Eingriffe an Urteilsunfähigen	131
	1. Problemstellung	131
	2. Eingriff ohne Vertreter Einwilligung als Körperverletzung?	133
	3. Eingriff ohne Vertreter Einwilligung als strafbares Unrecht?	134
	III. Fazit	136
§ 19	Fazit zum 3. Teil	137
	Schlussbetrachtungen	139
	Abkürzungsverzeichnis.....	141
	Literaturverzeichnis	145
	Materialien.....	180

Einleitung

(i) Ausgangslage

„Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign“, schrieb JOHN STUART MILL in der Einleitung zu seiner 1859 veröffentlichten Abhandlung ‚On Liberty‘¹. Was MILL damals als Souveränität über den Körper bezeichnete, wird heute als Recht zur Selbstbestimmung über den eigenen Körper thematisiert. Im Grunde geht es um ein und dieselbe Forderung: Niemand soll über einen fremden Körper verfügen dürfen. Ganz zentral ist dieser Grundsatz bei medizinischen Eingriffen. Muss in die Körperintegrität eines Patienten eingegriffen werden, so darf dies nur mit dessen *souveräner*, das heisst freier und eigenverantwortlicher Zustimmung geschehen. Der Entscheid, seine Körperintegrität der Verletzung preiszugeben, erscheint aber nur dann als frei, wenn der Betroffene sich von den Dimensionen des Eingriffes ein Bild machen kann, die Eingriffsrisiken und -folgen abzuschätzen vermag sowie aufgrund dieser Informationen einen Eingriffsentscheid zu fassen in der Lage ist. Dies setzt erstens voraus, dass der Betroffene über sämtliche eingriffsrelevanten Umstände aufgeklärt wurde² und zweitens, dass er diesbezüglich urteilsfähig ist³. **Urteilsfähigkeit** ist somit notwendige Voraussetzung der **Einwilligungsfähigkeit**⁴. Fehlt die Urteilsfähigkeit, dann kann der Betroffene nicht gültig über seinen Körper verfügen. An seiner Stelle entscheidet ein Vertreter. Diese stellvertretenden Einwilligungserklärungen werden in der vorliegenden Abhandlung aus Sicht des Strafrechts untersucht.

¹ MILL, On Liberty, I. Introductory, (ed. by J. Gray; S. 14).

² BGE 105 II 284, 287 f.; 108 II 59, 61; 116 II 519, 521 f.

³ BGE 114 Ia 350, 358 ff. (Kritik bei Guillod, Plädoyer [1989] Nr. 3, S. 51 f.); BGE 127 I 6, 19 ff.

⁴ Zum Ganzen Botschaft des Bundesrates vom 12. September 2001 betreffend das Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), [nachfolgend: *Botschaft Biomedizin-Konvention*], BBl [2002] 271, 292 ff.

(ii) Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand dieser strafrechtlichen Untersuchung sind medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und deren Rechtfertigung über die stellvertretende Einwilligung der Vertreter. Es geht mit anderen Worten um Eingriffe bei Personen, die nicht selber einwilligen können. Dazu müssen vorab die Begriffe der Urteilsfähigkeit und der Einwilligungsfähigkeit zueinander in Beziehung gesetzt werden. Die Urteilsfähigkeit ist nicht nur notwendige sondern auch hinreichende Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit⁵. Das Bundesgericht hielt dazu in einem Entscheid aus dem Jahre 1988 fest: „*Il est généralement admis qu'un patient mineur ou interdit peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement.*“⁶ Dies bedeutet, dass sobald ein Patient hinsichtlich der Dimensionen eines Eingriffes urteilsfähig ist, er unabhängig von seiner Mündigkeit alleine gültig einwilligen kann⁷. **Urteilsfähigkeit** und **Einwilligungsfähigkeit** sind somit wechselseitig aufeinander bezogen und werden im Folgenden als Synonyme verwendet.

Wer urteilsfähig ist, willigt selbst ein - für Urteilsunfähige willigt der Vertreter ein. Die Zuschreibung oder Verneinung von Urteilsfähigkeit ist somit zentral und entscheidet über Selbst- oder Fremdbestimmung. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Urteilsfähigkeit als einem „**Schwellenkonzept**“⁸: Liegt sie vor, so entscheidet der Betroffene selbst, fehlt sie, so entscheidet der Vertreter⁹. Tertium non datur. In der Theorie hat diese klare Unterscheidung zwischen Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit den Vorteil, dass sich die Einwilligungsbeziehung unzweideutig entweder dem Betroffenen selbst oder dem Vertreter zuschreiben lässt.

⁵ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 294; für das dt. Recht: AMELUNG, ZStW [1992] 525, 535 ff. Im Gegensatz dazu reicht im österreichischen Recht die Einwilligung des urteilsfähigen Minderjährigen bei risikoreichen Eingriffen nicht aus. Zusätzlich muss noch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegen (§ 146c Abs. 2 ABGB; hierzu KOPETZKI, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 204 f; abweichend BERNAT, VersR [2002] 1467, 1473).

⁶ BGE 114 Ia 350, 360.

⁷ Eine Ausnahme hiervon bildet etwa die Einwilligung in eine Sterilisation, deren Gültigkeit nach Art. 3 ff. VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485) nicht nur Urteilsfähigkeit sondern auch Mündigkeit voraussetzen soll (str. s. Fn. 497).

⁸ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 26 ff. sprechen von „*Competence as a threshold concept*“; weiter REHBOCK, EthikMed [2002] 131, 136.

⁹ SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 512.

In der Praxis ist diese Unterteilung keineswegs so eindeutig. Vielmehr sind die Grenzen der Urteilsfähigkeit fließend. Eine Beurteilung von Urteilsfähigkeit wird stets ein Versuch der Festlegung kognitiver Fähigkeiten bleiben und entzieht sich deshalb naturgemäss einer derartigen Alles-oder-Nichts-Einordnung¹⁰. Diesen Bedenken wird in der neueren medizinrechtlichen Gesetzgebung zusehends dadurch Rechnung getragen, dass die bei Urteilsunfähigen schon oder noch vorhandenen Äusserungs- und Bestimmungsfähigkeiten zwingend mitberücksichtigt werden müssen¹¹. Auf diese Mitbestimmungsrechte beschränkt Urteilsunfähiger wird an gegebener Stelle eingegangen¹². Zentraler Gegenstand der Untersuchung sind jedoch Eingriffe an **vollkommen urteilsunfähigen Personen**. Wenn in der Folge von Urteils- oder Einwilligungsunfähigen die Rede ist, dann sind Personen gemeint, die sich in keiner Weise am Eingriffsentscheid beteiligen können, wie z.B. Kleinstkinder, Bewusstlose oder geistig schwer behinderte Menschen.

(iii) Gang der Untersuchung

Die Abhandlung ist in drei Teile aufgliedert. Im ersten Teil der Arbeit geht es um die zivilrechtliche Vorfrage, wer stellvertretend einwilligen darf und somit um die Problematik der Einwilligungsberechtigung; der erste Teil handelt mit anderen Worten von der **Zuständigkeit zur stellvertretenden Einwilligung**. Zuerst werden die Einwilligungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter (Eltern, Vormünder) abgehandelt. Sodann geht es um die subsidiäre Einwilligungszuständigkeit der Vormundschaftsbehörden bei fehlenden oder verweigerten Einwilligungen der gesetzlichen Vertreter. Im Weiteren werden Fragen der Einwilligungszuständigkeit von Angehörigen sowie der gewillkürten Stellvertretung abgehandelt. Hierbei wurden insbesondere auch die Regelungen des Gesetzesentwurfs zum neuen Erwachsenenschutzrecht berücksichtigt und besprochen.

Im zweiten Teil wird die Frage abgehandelt, welchen Eingriffen in Stellvertretung zugestimmt werden darf. Es geht um die Grenzen der Fremdbestimmung

¹⁰ Zu dieser ‚Relativität der Urteilsfähigkeit‘ STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 363 f.

¹¹ Art. 6 Abs. 2 und 3 des Übereinkommens vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), BBl [2002] 340 ff. [nachfolgend: *Biomedizin-Konvention*]; vgl. hierzu COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine, N 45 f.; <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/html/164.htm> [Stand: 20. Februar 2004].

¹² Vgl. unten Fn. 182 ff.

bei der Vertreter Einwilligung und somit um die verfassungs- und zivilrechtlichen **Schranken stellvertretender Einwilligung**. Diese Schranken der Einwilligungsbefugnisse werden zuerst im Allgemeinen aufgezeigt. Darauf folgt eine detaillierte Erläuterung der Einwilligungsschranken anhand verschiedener Eingriffsarten. Konkret besprochen werden die Einwilligungsbefugnisse der Vertreter bei Heileingriffen, medizinischen Versuchen und klinischen Forschungsstudien, Organtransplantationen, Beschneidungen und Genitalverstümmelungen, Sterilisationen sowie bei Schwangerschaftsabbrüchen. Hierbei wird insbesondere eingegangen auf die Verfassungsmässigkeit der neueren medizinrechtlichen Bundesgesetze und Gesetzesentwürfe, in welchen die Zulässigkeit der genannten Eingriffsarten kodifiziert wurde respektive künftig geregelt werden soll.

Der dritte Teil handelt von der strafrechtsdogmatischen Erfassung der Vertreter Einwilligung. Nach Herleitung der Einwilligungszuständigkeiten aus dem Zivilrecht im ersten Teil und der Diskussion der verfassungs- sowie zivilrechtlichen Schranken der Einwilligungsbefugnisse im zweiten Teil, geht es im dritten Teil, der zugleich die Synthese der Erkenntnisse aus den ersten beiden Teilen darstellt, um die **Wirkungen stellvertretender Einwilligung** aus Sicht des Strafrechts. Es soll die stellvertretende Einwilligung strafrechtlich analysiert und in das System der Rechtfertigungsgründe eingepasst werden. Dazu werden zunächst die fundamentalen Unterschiede zwischen der selbstbestimmten Einwilligung urteilsfähiger Patienten und der fremdbestimmten Einwilligung des Vertreters herausgearbeitet. Auf dieser Grundlage kann sodann das den Vertreter Einwilligung zugrunde liegende Prinzip der Rechtfertigung verständlich gemacht werden. Die Erarbeitung der Rechtfertigungsprinzipien stellvertretender Einwilligung wird es ihrerseits ermöglichen, die Vertreter Einwilligung zu den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen der Notstandshilfe und der mutmasslichen Einwilligung in Beziehung zu setzen. Die Eingliederung der Vertreter Einwilligung in das System strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe wird sodann auch erlauben, die eigentliche Funktion der Vertreter näher zu erörtern. Abschliessend wird noch auf die strafrechtlichen Konsequenzen fehlender Vertreter Einwilligung eingegangen. Die Arbeit schliesst mit einer zusammenfassenden Darstellung der wesentlichen Erkenntnisse.

1. Teil: Zuständigkeit zur stellvertretenden Einwilligung

Urteilsfähigkeit ist notwendige Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit. Wer die Bedeutung eines medizinischen Eingriffes nicht selbst zu ermessen vermag, kann nicht gültig einwilligen¹³. In diesem Falle geht die Zuständigkeit zur Einwilligung über auf einen (gesetzlichen) Vertreter des Urteilsunfähigen¹⁴. In der Folge soll aufgezeigt werden, wen das Gesetz normalerweise zur Abgabe stellvertretender Einwilligungserklärungen ermächtigt (§ 1 und § 2) und welche Institutionen verweigerte oder fehlende Einwilligungserklärungen ersetzen können (§ 3). Zuletzt soll geklärt werden, ob Ehegatten oder Geschwister (§ 4) sowie vor der Urteilunfähigkeit selbst bezeichnete Vertreter (§ 5) zur Einwilligung berufen sein können.

§ 1 Einwilligungszuständigkeit der Eltern

Urteilsunfähige Kinder unter elterlicher Sorge werden beim Entscheid über medizinische Eingriffe von ihren Eltern vertreten¹⁵. Das Gleiche gilt für urteilsunfähige Entmündigte, die der elterlichen Sorge unterstellt wurden¹⁶. Die Ein-

¹³ Absolut h.L.: NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S.123 f.; STRATENWERTH, AT I, §10 N 20; DERS., ZStW [1956] 41, 43 ff. [v.a. dortige Fn. 15] mit eingehender Begründung aus rechtsphilosophischer Sicht; TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 140; SEELMANN, AT, S. 37; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 74 f.; für das Zivilrecht: WIEGAND in: Handbuch Arztrecht, S. 159 ff.

¹⁴ Art. 6 Abs. 2 und 3 Biomedizin-Konvention [Fn. 11], für klinische Versuche vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. b HMG; zum Schwangerschaftsabbruch vgl. Art. 119 Abs. 3 StGB; BGE 118 Ia 427, 434 f., teilweise widersprüchlich hingegen BGE 114 Ia 350, 361 ff., der einerseits klar die Einwilligungszuständigkeit der gesetzlichen Vertreter bejaht, den Eingriffsentscheid andererseits aber auch ins Ermessen des Arztes stellt (vgl. hierzu die berechtigte Kritik von GUILLOD, Plädoyer [1989] Nr. 3, S. 51 f.); zum Ganzen: WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 79 f.; für das dt. Recht: ROXIN, AT I, §13 N 63; KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 129.

¹⁵ Art. 296 Abs. 1 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 ZGB; vgl. oben Fn. 14.

¹⁶ Art. 385 Abs. 3 ZGB; dazu im Allgemeinen: BSK ZGB I-HÄFELI Art. 379 N 29 ff.; Während Art. 51 des Vorentwurfs zur ‚Revision des Vormundschaftsrechts‘ (Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB [Erwachsenenschutz], o.O, Juni 1998, [nachfolgend: *VE/Bericht-Erwachsenenschutz 1998*]) noch eine Regel über die *erstreckte elterliche Sorge* enthielt, wurde im Vernehmlassungsentwurf auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet (vgl. EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE GESAMTREVISION DES VORMUNDSCHAFTSRECHTS - Er-

willigungskompetenz folgt hierbei den Regeln über das elterliche Sorgerecht¹⁷. Dies hat im Wesentlichen vier Konsequenzen:

- Erstens kann nur stellvertretend einwilligen, wer Inhaber des elterlichen Sorgerechts ist. Während der Ehe sind die Eltern von Gesetzes wegen gemeinsam sorgeberechtigt¹⁸. Geschiedene oder nicht verheiratete Eltern können sich in einer genehmigungsbedürftigen Vereinbarung auf die gemeinsame Sorge einigen¹⁹. Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern haben sich über die Eingriffszustimmung zu verständigen²⁰. Die Eltern brauchen die Zustimmungserklärung indessen nicht gemeinsam abzugeben, sondern können im Rahmen ihrer Aufgabenteilung den anderen zum Entscheid über den Eingriff ermächtigen. Soweit sich der eingreifende Arzt der elterlichen Verständigung vergewissert hat und er nach den Umständen von einer Ermächtigung zur Einwilligung ausgehen durfte, ist er in seinem berechtigten Vertrauen auf deren Bestand geschützt²¹.
- Aus dem eben Dargelegten folgt zweitens, dass Personen ohne elterliches Sorgerecht nicht stellvertretend für das urteilsunfähige Kind in einen medizinischen Eingriff einwilligen können. Dies gilt abgesehen von den Fällen eines Sorgerechtsentzuges²² insbesondere für Grosseltern sowie Stief- und Pflegeeltern²³. Diese Personen haben unabhängig von ihrem Beitrag an die Erziehung des Kindes keine selbständige Einwilligungskompetenz. Ebenso wie gemeinsam sorgeberechtigte Eltern sich untereinander zum Entscheid

wachsenenschutz, Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), o.O., Juni 2003, [nachfolgend: *VE/Bericht-Erwachsenenschutz 2003*] S. 13 f. und 56; (www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]). Zu den Gründen für den „*abandon de l'autorité parentale prolongée*“ siehe MEIER, ZVW [2003] 207, 212.

¹⁷ Art. 301 i.V.m. Art. 304 ZGB; BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 304/305 N 4; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 80; für das dt. Recht statt vieler: PALANDT/DIEDERICHSEN⁶², § 1629 N 6.

¹⁸ Art. 297 ZGB.

¹⁹ Art. 133 Abs. 3 und Art. 298a ZGB; vgl. hierzu BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 133 N 17 ff; FREIBURGHaus, ZVW [1999] 133, 136 ff.; HEGNAUER, Kindesrecht, N 25.21a ff.; BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 298a N 1 ff.

²⁰ Art. 297 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 159 Abs. 2 ZGB; im Detail vgl. NÄGELI, Handlungsunfähige Patienten, S.126 f.

²¹ Art. 304 Abs. 2 ZGB; HEGNAUER, Kindesrecht, N 26.29; Eingehend zur Reichweite des berechtigten Vertrauens und Detailfragen der gemeinsamen Einwilligung im (diesbezüglich identischen) deutschen Recht (§§ 1626 ff. BGB): BGH NJW [1988] 2946 ff. In casu wurde ein an Morbus Down („Trisomie 21“) leidender Siebenjähriger einer weitreichenden Herzoperation unterzogen, der nur die Mutter zugestimmt hatte.

²² Art. 311 ZGB.

²³ HEGNAUER, Kindesrecht, N 25.07 ff.

über medizinische Eingriffe ermächtigen dürfen, können sie diese Einwilligungskompetenz einvernehmlich auch auf Stief-, Pflege- oder Grosseltern übertragen²⁴.

- Drittens ist die Einwilligungszuständigkeit der Eltern durch ihre sorgerechtliche Verpflichtung auf das Kindeswohl auch inhaltlich beschränkt²⁵. Diese nicht die Zuständigkeit sondern die Schranken der Einwilligung betreffenden Fragen werden unten ausführlich abgehandelt²⁶.
- Viertens steht die elterliche Sorge unter dem Vorbehalt eigener Handlungsfähigkeit des Kindes (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Soweit Kinder und Jugendliche unter elterlicher Sorge urteilsfähig sind, können sie über höchstpersönliche Belange selbst entscheiden (Art. 19 Abs. 2 ZGB)²⁷. Urteilsfähige Kinder und Jugendliche sind somit bezüglich medizinischer Eingriffe alleine einwilligungsberechtigt²⁸.

§ 2 Einwilligungszuständigkeit des Vormundes

Ist eine erwachsene Person dauernd ausserstande, ihre Angelegenheiten durch selbständige, vernunftgeleitete Entscheide wahrzunehmen, so wird ihr ein Vormund zur Seite gestellt (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Ebenso gehören Kinder ohne Sorgeberechtigten (Waisen oder Kinder, deren Eltern das Sorgerecht entzogen wurde) unter Vormundschaft (Art. 368 Abs. 1 ZGB)²⁹. Die blosse Tatsache, dass diese Personen unter Vormundschaft stehen, begründet aber noch keine Einwilligungszuständigkeit des Vormundes, da auch bevormundete Personen ihre höchstpersönlichen Belange im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst wahrnehmen³⁰. Erst das totale Unvermögen, die Tragweite eines medizinischen Eingriffes selbst zu ermessen, führt zur Einwilligungszuständigkeit des Vormundes.

²⁴ Für die Vertretungsrechte von Stiefeltern siehe Art. 299 ZGB sowie Art. 300 ZGB (Pflegeeltern); weiter NÄGELI, Handlungsunfähige Patienten, S. 129 f.; für das dt. Recht: PALANDT/DIEDERICHSEN⁶², § 1629 N 9.

²⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 301 N 4 f. und Art. 304/305 N 10; KERN, NJW [1994] 753, 756.

²⁶ Vgl. den 2. Teil (Schranken stellvertretender Einwilligung).

²⁷ Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107); siehe auch PETER, Forschung, S. 38 dortige Fn. 106.

²⁸ Absolut h.L.: Vgl. nur Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 295.

²⁹ BSK ZGB I-HÄFELI, Art. 379 N 2.

³⁰ Art. 19 Abs. 2 ZGB; weiter BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 406 N 46 und 50 und GUILLOD, Consentement Eclairé, S. 251.

Dann jedoch ist die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vormundes umfassend und exklusiv³¹, was namentlich einer Einwilligung durch Angehörige entgegensteht³².

Inhaltlich ist die Einwilligungskompetenz des Vormundes in Analogie zur Kindswohlverpflichtung der Eltern insofern beschränkt, als auch er nur zum unmittelbaren Nutzen des Mündels einem Eingriff zustimmen darf³³.

§ 3 Einwilligungszuständigkeiten vormundschaftlicher Organe

I. Fehlen oder Abwesenheit gesetzlicher Vertreter

Wird eine weder bevormundete noch elterlicher Sorge unterstellte Person etwa in Folge unfallbedingter Bewusstlosigkeit vorübergehend einwilligungsunfähig, so ernennt ihr die Vormundschaftsbehörde einen Vertretungsbeistand (Art. 392 Ziff. 1 ZGB) oder erteilt in dringenden Fällen die Einwilligung selbst³⁴. Das Gleiche gilt für Personen, deren gesetzliche Vertreter an der Zustimmung verhindert³⁵ oder von der Einwilligung wegen Interessenkonflikten ausgeschlossen sind (Art. 392 Ziff. 2 und 3 ZGB). Ein solcher Interessenkonflikt läge etwa vor, wenn ein Arzt seine Tochter in eine klinische Studie einbeziehen wollte. Hier konfliktierte ärztliches Forschungsinteresse mit elterlicher Kindswohlverpflichtung. Bei dauerndem Verlust der Einwilligungsfähigkeit muss ein Entmündigungsverfahren eingeleitet werden, wobei unaufschiebbare Eingriffsentscheide von der Vormundschaftsbehörde einstweilen getroffen werden können (Art. 386 Abs. 1 ZGB)³⁶. Diese subsidiäre Einwilligungskompetenz der Vormundschaftsbehörden in Notfällen steht in scheinbarem Widerspruch zu Art. 8 der Biomedizin-Konvention, wonach *„jede Intervention, die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person medizinisch unerlässlich ist, umgehend erfolgen“* darf, wenn *„eine Einwilligung wegen einer Notfallsituation nicht eingeholt werden kann“*. Zumindest de lege lata gehen in

³¹ BSK ZGB I-LEUBA, Art. 407 N 7 ff.

³² Zu der beabsichtigten Einführung einer Einwilligung durch Angehörige im neuen Erwachsenenschutzrecht vgl. hinten Fn. 71 ff.

³³ Art. 367 Abs. 1 und Art. 407 ZGB; eingehend hinten 2. Teil (Schranken stellvertretender Einwilligung).

³⁴ BeKo-ZGB-SCHNYDER/MURER, Art. 392 N 36; differenzierend hinsichtlich der anwendbaren Bestimmungen: GEISER, ZVW [2001] 225, 229.

³⁵ Abs. h.L.: BeKo-ZGB-SCHNYDER/MURER, Art. 392 N 110 und Art. 361 N 62.

³⁶ GEISER, ZVW [2001] 225, 229.

dieser Konfliktsituation die strengerer landesrechtlichen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts³⁷ den völkerrechtlichen Regeln vor³⁸. Der Verzicht auf das Einwilligungserfordernis gilt deshalb nur, wenn selbst zur Einholung einer Einwilligung bei der Vormundschaftsbehörde nicht mehr ausreichend Zeit verbleibt³⁹. Auf das Verhältnis zwischen den Einwilligungsbefugnissen von Vormundschaftsbehörden und denjenigen von Angehörigen sowie auf die im Entwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht vorgesehene Angehörigeneinwilligung wird sogleich einzugehen sein⁴⁰. Vorab ist noch zu klären, weshalb die Einwilligungszuständigkeit der mit dem Betroffenen nicht vertrauten Vormundschaftsbehörden dem Entscheid durch den fachkompetenten Arzt vorgehen soll (II.)

II. Behördliche vor ärztlicher Einwilligungszuständigkeit?

Wie soeben dargelegt, haben Ärzte keine selbstständige Entscheidzuständigkeit, solange noch die einstweilige Zustimmung der Vormundschaftsbehörde einholbar ist. Die subsidiäre Einwilligungszuständigkeit der Vormundschaftsbehörde wurde vor allem seitens der Ärzteschaft wiederholt als bürokratisch und lebensfremd kritisiert. Es mache wenig Sinn, den Eingriffsentscheid im Notfall einem mit dem Betroffenen nicht vertrauten Amtsträger zu übertragen, wenn doch die behandelnden Ärzte diesen Entscheid kompetenter und schneller fällen könnten. Hinzu kommt noch, dass auch die Vormundschaftsbehörde bei ihrem Zustimmungsentscheid an das Wohl des Betroffenenwohl gebunden ist und damit nur Entscheide treffen darf, die der Gesundheit des Betroffenen förderlich sind. Genau für diese Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit einer Massnahme sind die Behörden aber wiederum vom Fachurteil der Ärzte abhängig. Der Einwand, dass der vom ‚fernen Schreibtisch aus‘ gefällte Entscheid der Vormundschaftsbehörde ebenso problematisch ist, wie der eigenmächtige Eingriffsentscheid des fachkompetenten Arztes, erscheint berechtigt und bedarf näherer Betrachtung.

Beim Versuch den in der medizinethischen Literatur eingeleiteten Wandel von einem paternalistisch fürsorglichen Patienten-Arzt Verhältnis hin zu einem von Autonomie und Selbstverantwortung geprägten Umgang mit Patienten für

³⁷ Art. 392 Ziff. 1 und Art. 386 Abs. 1 ZGB.

³⁸ Siehe die Konfliktregel von Art. 27 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; hierzu Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 281.

³⁹ GEISER, ZVW [2001] 225, 229.

⁴⁰ Unten Fn. 55 ff. und Fn. 71 ff.

die Rechtswissenschaft nachzuvollziehen, verfällt man schnell einem allzu misantropischen Ärztebild. Lag dem alten ‚Patientenregime‘, insbesondere in der Diskussion um die Tatbestandsmässigkeit von Heileingriffen, noch ein zu optimistisches Ärztebild zugrunde⁴¹, so besteht in einem lediglich auf Selbstbestimmungsbelange ausgelegten System von Patientenrechten leicht die Gefahr, den Ärzten pauschal Unlauterkeit zu unterstellen. Dennoch gibt es gute Gründe, die gegen eine alleinige Entscheidungskompetenz der Ärzte in Nofällen sprechen:

- Indem die Eingriffszustimmung eines unabhängigen Dritten eingeholt und dieser stellvertretend über den Eingriff aufgeklärt werden muss, wird der Arzt gezwungen, dem Vertreter gegenüber die Notwendigkeit des Eingriffes zu erläutern. Damit wird gleichzeitig auch abgesichert, dass sich der Arzt die Eingriffsnotwendigkeit selbst noch einmal vor Augen führt und nicht voreilig zum Eingriff schreitet. Im Übrigen müssen Ärzte, um überhaupt erfolgreich eingreifen zu können, auch selbst an den Erfolg einer Heilmassnahme glauben, weshalb sie wohl dazu tendieren werden, die tatsächlichen Eingriffschancen einer Intervention eher positiv zu beurteilen⁴².
- Weiter wird mit der - ärztlicher Entscheidung vorgehenden - Einwilligungsberechtigung der Vormundschaftsbehörde gewährleistet, dass der Eingriffsentscheid nicht ausschliesslich aufgrund medizinischer Überlegungen getroffen wird. Gerade behördliche Vertreter sind gehalten, sich im Gespräch mit Angehörigen oder unter Beizug allfälliger Patientenverfügungen ein Gesamtbild vom Lebensentwurf und den Wertvorstellungen ihres Mündels zu machen und diesbezügliche Erkenntnisse in ihre Entscheidung einfließen zu lassen⁴³. Selbstverständlich könnten diese aussermedizinischen Belange auch in der ärztlichen Entscheidung mitberücksichtigt werden, doch ebenso wie die Ärzte Experten der Patientengesundheit sind, zeichnet die behördlichen Betreuer ihre Expertise in Fragen der umfassenden Personenvertretung aus.

⁴¹ Paradigmatisch etwa SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 StGB N 49: „*wer den Patienten behandelt, misshandelt ihn nicht.*“ Im Gegensatz zur Voraufgabe nunmehr zweifelnd bezüglich der Tatbestandslosigkeit STRATENWERTH/JENNY, BT I § 3 N 15; umfassende Nachweise bei SCHULTZ, ZStrR [1990] 281, 286 ff.

⁴² AEBERSOLD spricht in diesem Zusammenhang von „*therapeutischem Optimismus*“, welcher gemäss dessen mündlicher Auskunft eingehend thematisiert worden sei bei der Ausarbeitung des Basel-Städtischen Psychiatriegesetzes (Gesetz über die Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen vom 18. Sept. 1996 [SGBS 323.100]).

⁴³ BRÜCKNER, ZSR [1999] 451, 461 f., fordert gar neben der durch die Ärzte zu stellenden medizinischen Indikation zusätzliche eine durch die Vertreter zu bestimmende ‚*persönlichkeitsbezogene Indikation*‘.

- Schliesslich sprechen auch noch prinzipielle Einwände gegen eine primäre Entscheidzuständigkeit der eingreifen Ärzte in Notfällen. Indem die Rechtmässigkeit medizinischer Eingriffe von der aufgeklärten Einwilligung des Patienten oder seines Vertreters abhängig gemacht wird, sollen eigenmächtige Entscheide der eingreifenden Ärzte verhindert werden. Der Sinn der ganzen ‚informed consent‘-Doktrin liegt gerade darin, Eingriffsentscheid und Eingriffsvornahme personell zu trennen⁴⁴.

Zusammenfassend soll mit dem unbedingten Festhalten an unabhängiger Vertreterentscheidung - negativ ausgedrückt - ärztlicher Paternalismus zugunsten umfassender Selbstbestimmung über die Körperintegrität eingedämmt werden; ins Positive gewendet, sind die Ärzte damit jedoch auch von der alleinigen Entscheidungsverantwortlichkeit entlastet⁴⁵.

III. Einwilligungsverweigerung gesetzlicher Vertreter

Vormundschaftsbehörden trifft schliesslich auch noch eine Entscheidzuständigkeit bei Konfliktsituationen von gesetzlichen Vertretern. Verweigert beispielsweise die alleine sorgeberechtigte Mutter die Zustimmung zu notwendigen Eingriffen oder können sich gemeinsam sorgeberechtigte Eltern über die Zustimmung nicht einigen, so kann die Vormundschaftsbehörde im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens (Art. 307 ff. ZGB) Eingriffszustimmungen ersetzen oder falls notwendig einen Beistand ernennen⁴⁶. Ein Sorgerechtsmissbrauch, der eine Intervention der Vormundschaftsbehörde rechtfertigt, läge etwa vor, wenn Eltern eine lebensnotwendige Blutübertragung auf ihr einwilligungsunfähiges Kind verbieten wollten⁴⁷. Gegen die missbräuchliche Einwilligungsverweigerung eines *Vormundes* kann bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde

⁴⁴ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 297; BERGER/HAAHROFF, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 135; GAUL, EthikMed [2002] 160, 161. STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 365; WÖLK, MedR [2001] 80; eingehend hinten Fn. 605 ff.

⁴⁵ De lege ferenda verlangt BREITSCHMID, ZVW [2001] 144, 163, für besonders weitreichende Eingriffe gar einen vormundschaftsgerichtlichen Entscheid nach deutschem Vorbild; hierzu kritisch STRÄTLING/EISENBART/SCHARF, MedR [2000] 251 ff.; vgl. auch Fn. 49.

⁴⁶ Abs. h.L.: Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 295; BeKo-ZGB-SCHNYDER/MURER, Art. 392 N 110 und Art. 361 N 62; WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 172 f.; REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 311 f.; RIEMER, ZVW [1998] 216, 218.

⁴⁷ Umfassend statt vieler: BENDER, MedR [1999] 260, 265; dazu die ablehnende Stellungnahme von HESSLER/GLOCKENTIN, MedR [2000] 419 ff und die Duplik von BENDER, MedR [2000] 422 f.

geführt werden; deren Entscheid kann die fehlende Einwilligung ersetzen (Art. 420 ff. ZGB)⁴⁸. Hingegen kennt das schweizerische Recht keinen mit § 1904 BGB vergleichbaren Genehmigungsvorbehalt einer Vormundschaftsbehörde für folgenschwere Eingriffe⁴⁹. Die Aufzählung der durch die Vormundschaftsbehörden zu billigenden Handlungen des Vormundes (Art. 421 und 422 ZGB) ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung abschliessend⁵⁰.

§ 4 Einwilligungszuständigkeit von Angehörigen

Der Erläuterung bedarf noch die Einwilligungszuständigkeit von Angehörigen, die nicht von Gesetzes wegen zur Vertretung befugt sind. Zu denken ist hierbei an einsichtsfähige und mündige Geschwister eines Kleinkindes (I.) oder an die Ehefrau eines bewusstlosen Unfallopfers (II.).

I. Angehörigeneinwilligung bei gesetzlich bereits Vertretenen

Einwilligungsunfähige Kinder haben ihre Eltern als gesetzliche Vertreter. Die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Eltern ist exklusiv⁵¹, was selbständige Einwilligungsrechte weiterer Angehöriger ausschliesst. Wie oben am Beispiel der Gross-, Stief- und Pflegeeltern gezeigt wurde, bleibt die Vertretungsbefugnis jedoch delegierbar⁵². Dies muss auch für mündige Geschwister des Urteilsunfähigen gelten.

⁴⁸ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 295; REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 312 f.; WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 173.

⁴⁹ GUILLOD, in: FS-Schnyder, S. 346; MEIER, Consentement, S. 73 dortige Fn. 158; RIEMER, recht [1998] 21, 23. De lege ferenda wurde ein Genehmigungsvorgehalt gefordert (BREITSCHMID, ZVW [2001] 144, 163) und war in Art. 184 Abs. 2 Ziff. 3 VE-Erwachsenenschutz 1998 [Fn. 16] auch vorgesehen, wurde im VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16] dagegen bewusst weggelassen (vgl. Art. 404 und 434 VE 2003) Kritisch zur praktischen Umsetzbarkeit richterlicher Eingriffsgenehmigungen: STRÄTLING/EISENBART/SCHARF, MedR [2000] 251 ff.

⁵⁰ Mit umfassenden Hinweisen MEIER, Consentement, S. 65 ff.

⁵¹ BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 301 N 2.

⁵² S.o. Fn. 24.

II. Angehörigeneinwilligung bei gesetzlich nicht Vertretenen

Im Gegensatz zum Kleinkind ist bei einem bewusstlosen Volljährigen niemand von Gesetzes wegen zur Einwilligung befugt, auch nicht die Ehefrau. Die Einwilligungszuständigkeit bei einwilligungsunfähigen Erwachsenen bedarf deshalb einer näheren Betrachtung. Wann immer dies zeitlich möglich ist, muss ein Vertreter bestellt werden (Art. 392 Ziff. 1 ZGB)⁵³, alleine schon um Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Hierbei soll auf nahe Angehörige Rücksicht genommen werden, indem als Vertreter eine Person aus ihrem Kreis bestimmt wird (Art. 380 ZGB)⁵⁴.

Wirklich kontrovers sind die Mitbestimmungsbefugnisse Angehöriger nur insofern, als im Notfall die Zeit zu einer formellen Vertreterbestellung nicht mehr ausreicht. Die diesbezügliche Rechtslage ist nur vermeintlich eindeutig:

- Einerseits bestimmt Art. 8 der Biomedizin-Konvention, dass unerlässliche Notfallinterventionen auch ohne Einwilligung durchgeführt werden dürfen. Der Arzt soll unter Beizug von Angehörigen nach den Prinzipien der mutmasslichen Einwilligung über den Eingriff entscheiden⁵⁵. Bei der mutmasslichen Einwilligung hat der Arzt eine stellvertretende Beurteilung des Eingriffsentscheides *im Sinne* des Betroffenen vorzunehmen. Es gilt mit anderen Worten herauszufinden, ob der betroffene Urteilsunfähige dem Eingriff zustimmen oder ihn ablehnen würde, wenn er befragt werden könnte. Dass die mutmassliche Einwilligung an die Stelle einer selbstbestimmten Einwilligung treten kann, wenn diese im Notfall nicht beigebracht werden kann, ist an sich unumstritten⁵⁶, kontrovers ist hingegen, wie sich beurteilen lässt, ob ein Eingriff dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entspricht⁵⁷. In

⁵³ GUILLOD, Plädoyer [1989] Nr. 3, S. 51 f.; DERS., Consentement Eclairé, S. 180; für Bagatell-eingriffe a.M. BUSSMANN, Heileingriffe, S. 81 (dortige Fn. 401).

⁵⁴ BSK ZGB I-HÄFELI, Art. 380/381 N 1 ff.; äusserst skeptisch zur diesbezüglichen Eignung von Angehörigen: KERN, NJW [1994] 753, 759.

⁵⁵ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 302 f.; GEISER ZVW [2001] 225, 228 f.; unklar hingegen BGE 114 Ia 350, 361 (zu diesem Entscheid: Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 295 ff.).

⁵⁶ BGE 108 II 59, 62 ff.; 124 IV 258, 261; BUSSMANN, Heileingriffe, S. 80 f.; BSK StGB I-SEELMANN, Art. 32 N 21 f.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 24; weiter Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 302 f.

⁵⁷ Vgl. hierzu etwa BGE 127 I 6, 23 f.: In casu machte ein zwangsweise mit Neuroleptika behandelter Patient vergeblich geltend, aus seiner früher geäusserten Ablehnung medikamentöser psychiatrischer Behandlung hätte auf die mutmassliche Verweigerung der Behandlung geschlossen werden müssen. Weiter TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I S. 505 ff

Rechtsprechung und Lehre wurde die Frage der Eruiierung des Patientenwillens eingehend erörtert im Zusammenhang mit Massnahmen der Sterbehilfe. So sollen etwa nach dem Richtlinienentwurf der SAMW zur Betreuung von Patienten am Lebensende „[...] gezielt Informationen darüber eingeholt werden, wie der Patient in seinem bisherigen Leben gedacht und gehandelt hat.“⁵⁸ Diesbezüglich wegweisend, wenn auch heftig umstritten⁵⁹, war das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen im sog. ‚Kemptener Sterbehilfe Entscheid‘, wonach es zur Beurteilung des mutmasslichen Willens ankomme „[...] auf frühere mündliche oder schriftliche Äusserungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen ...“⁶⁰ In einer Gesamtschau früherer Willensäusserungen und der sonstigen Lebensführung des jetzt urteilsunfähigen Betroffenen soll der im Notfall eingreifende Arzt so den aktuellen mutmasslichen Willen eruieren können. Dazu wird er das Gespräch mit Angehörigen und weiteren mit dem Betroffenen vertrauten Personen (wie bspw. dem Hausarzt) suchen müssen⁶¹. Für das eingangs genannte Beispiel bedeutet dies jedoch auch, dass die Ehefrau lediglich dazu berufen ist, den mutmasslichen Willen ihres Gatten zu artikulieren, während der Eingriffsentscheid letztlich beim Arzt liegt⁶².

- Andererseits haben aber auch vormundschaftliche Organe eine Einwilligungsbefugnis in Notfällen. Aus Art. 386 Abs. 1 ZGB⁶³ ergibt sich nämlich, dass die Vormundschaftsbehörde dringende Eingriffszustimmungen direkt erteilen kann, wenn die förmliche Wahl eines Vertreters nicht abgewartet werden kann. Im Gegensatz zur Ehefrau ist die Vormundschaftsbehörde somit von Gesetzes wegen zur Einwilligung ermächtigt.

⁵⁸ SAMW, Richtlinien zur Betreuung von Patienten am Lebensende (Vernehmlassungsentwurf 2004), II. Ziff. 2.2, in: SÄZ [2004] 288, 289; vgl. weiter SAMW, Richtlinien für die ärztliche Betreuung Sterbender (1995), Teil II Ziff. 3.3.; kritisch hierzu SEELMANN in: Suizid und Sterbehilfe, S. 139 ff.; s.a. REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 309 f.

⁵⁹ MERKEL, ZStW [1995] 545, 563 ff.; TOLMEIN, KJ [1996] 510, 520 ff.

⁶⁰ BGH, NJW [1995] 204, 205.

⁶¹ SAMW, Richtlinien zur Betreuung von Patienten am Lebensende (Vernehmlassungsentwurf 2004), II. Ziff. 2.2, in: SÄZ [2004] 288, 289; G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 548 f; JAAG, ZBl [2001] 113, 121.

⁶² Wohl h.L.: BUSSMANN, Heileingriffe, S. 79 (dortige Fn. 390); GUILLOD, Consentement Eclairé, S. 180; REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 310; WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 163; kritisch wie hier STETTLER, ZVW [2003] 258, 266; für Deutschland: BERGER, JZ [2000] 797, 799; ESER, in: Schönke/Schröder²⁶, § 223 StGB N 38; KERN, NJW [1994] 753, 756; TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I, S. 511.

⁶³ Welcher qua Verweis von Art. 392 Ziff. 1 und 397 Abs. 1 ZGB auch für vorläufige Entscheidung im Verfahren der Beistandsbestellung gilt. Vgl. GEISER ZVW [2001] 225, 229.

Keine der beiden gesetzlichen Lösungen vermag indes zu überzeugen. Die erste Lösung des ärztlichen Entscheidungsrechts ist mit der Grundidee der Vertreter-einwilligung unvereinbar. Sinn der Einwilligung durch den Vertreter ist es ja gerade, dass nicht der eingreifende Arzt selbst über den Eingriff entscheidet⁶⁴. Genau genommen ist eine ärztliche Alleinentscheidung deshalb nur dort gerechtfertigt, wo Angehörige unerreichbar sind *und* selbst eine einstweilige Entscheidung der Vormundschaftsbehörde nicht mehr eingeholt werden kann⁶⁵. Die zweite Lösung der behördlichen Entscheidungskompetenz dürfte, abgesehen von den Schwierigkeiten ihrer praktischen Umsetzung⁶⁶, mit dem Subsidiaritätsprinzip im Vormundschaftsrecht nicht in Einklang zu bringen sein⁶⁷. Es bleibt unbegründbar, weshalb eine staatliche, mit dem Betroffenen nicht vertraute Behörde, im Notfall einwilligungsberechtigt sein soll, nicht aber die Ehefrau⁶⁸. Überdies hat sich die Vormundschaftsbehörde bei ihrem Einwilligungssentscheid ja ihrerseits am mutmasslichen Willen des Betroffenen zu orientieren, wozu sie wiederum die Angehörigen konsultieren müsste.

Zusammenfassend ist die Lehrmeinung, wonach Angehörige nicht zur Einwilligung sondern bloss zur Eruiierung des mutmasslichen Patientenwillens berechtigt seien⁶⁹, zu relativieren. In Notfällen wird man auch nicht förmlich zu Vertretern bestellten Angehörigen die gleichen Einwilligungsbefugnisse einräumen müssen wie der Vormundschaftsbehörde, zumal Angehörige aus familienrechtlichen Beistandspflichten (z.B. Art. 159 Abs. 2 und 3 ZGB) ebenso wie gesetzliche Vertreter auf das Betroffenenwohl verpflichtet sind⁷⁰. Der Rede von der mangelnden Einwilligungszuständigkeit Angehöriger liegt letztlich die Fehlvorstellung zugrunde, dass sich die Rechtfertigungswirkung stellvertretender Einwilligungssentscheide aus der *gesetzlichen* Stellvertretungskompetenz der Eltern und Vormünder ergebe (Art. 304 und Art. 407 ZGB). Wie aber noch zu zeigen

⁶⁴ BERGER/HAAHROFF, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 135; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 365. Zur Problematik ärztlicher Alleinentscheidung BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 139 f.

⁶⁵ Eindringlich COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 56 ff.; vgl. bereits oben Fn. 34 ff.

⁶⁶ Hierzu eingehend: STRÄTLING/EISENBART/SCHARF, MedR [2000] 251 ff.

⁶⁷ GUILLOD, in: FS-Schnyder, S. 342; BSK ZGB I-LANGENEGGER, Vor Art. 360 N 8; ebenfalls kritisch BUSSMANN, Heileingriff, S. 81 (dortige Fn. 401).

⁶⁸ Ebenso J. FISCHER, SÄZ [1999] 1110, 1111, der im Zusammenhang mit Forschungseingriffen die Ansicht vertritt, dass Einwilligungskompetenzen amtlich bestellter, mit dem Betroffenen nicht vertrauter Betreuer höchst problematisch sind.

⁶⁹ Vgl. oben Fn. 62.

⁷⁰ BSK ZGB I-LANGENEGGER, Art. 392 N 15; K. REUSSER, Patientenwille, S. 125.

sein wird, ist nicht die Person des vertretungsweise Einwilligenden, sondern vielmehr der Inhalt ihres Einwilligungsentscheides für die Rechtfertigung massgebend.

III. Angehörigeneinwilligung de lege ferenda

Im neuen Erwachsenenschutzrecht zeichnet sich eine Stärkung der Vertreterstellung Angehöriger ab. Ohne formell zu gesetzlichen Vertretern bestellt zu sein, sollen Angehörige künftig in medizinische Massnahmen einwilligen können⁷¹; dies allerdings nur dann, wenn der Betroffene nicht selbst Vorsorge getroffen und eine Vertrauensperson als Vertreter bezeichnet oder bestimmte Eingriffe in einer ‚Patientenverfügung‘ im Voraus verweigert oder gebilligt hat⁷². Ebenso wenig kommt eine Angehörigeneinwilligung bei Personen in Betracht, die bereits einen Beistand haben⁷³. Nach Art. 434 des Vorentwurfs zum Erwachsenenschutzrecht sollen in erster Linie Ehe- sowie Konkubinatspartner einwilligungsberechtigt sein⁷⁴, in zweiter Linie Nachkommen, Geschwister und Eltern des betroffenen Urteilsunfähigen. Unter verschiedenen potentiell Vertretungsberechtigten ist jeweils die dem Urteilsunfähigen am nächsten stehende Person zur Einwilligung berufen⁷⁵. Es gilt allerdings zu präzisieren, dass Geschwister und andere nahe stehende Verwandte auch unter neuem Recht nur bei urteilsunfähigen *Erwachsenen* einwilligungsberechtigt sein werden⁷⁶. Urteilsunfähige *Kinder* unterstehen weiterhin elterlicher Sorge und damit der exklusiven elterlichen Einwilligungsberechtigung.

Dennoch ist die Regelung zur Einwilligungszuständigkeit Angehöriger in doppelter Hinsicht zu begrüssen: Einmal müssen und dürfen die Ärztinnen und Ärzte in der gesamten Schweiz künftig nicht mehr alleine über die Eingriffsvornahme entscheiden⁷⁷. Gleichzeitig werden die diesbezüglichen Mitwirkungs-

⁷¹ Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; hierzu Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 10 ff.

⁷² Art. 434 Abs. 1 Ingress und Ziff. 1 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; zu Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten sogleich unten [Fn. 82 ff.].

⁷³ Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁷⁴ GEISER, ZVW [2003] 227, 229 f.

⁷⁵ Vgl. MEIER, ZVW [2003] 207, 216 f.; zur Bestimmung der nahestehenden Personen TERCIER, in: FS-Schnyder, S. 799 ff.

⁷⁶ Dies ergibt sich aus dem Ingress von Art. 434 Abs. 1 des VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; s.a. Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 10 f.

⁷⁷ Diese Entscheidung des Arztes wurde noch in BGE 114 Ia 350, 361 als eine mögliche Option anerkannt (vgl. Fn. 14). Zu ärztlichen Alleinentscheidungsrechten in kantonalen Gesundheitsgesetzen vgl. § 17 Abs. 3 des aargauischen Dekrets über die Rechte und Pflichten der Kran-

befugnisse nicht mehr den Vormundschaftsbehörden übertragen sondern den mit dem Betroffenen vertrauten Angehörigen⁷⁸. Selbstverständlich können die Vormundschaftsbehörden bei drohenden Interessenkonflikten oder einer sonstigen Gefährdung des Betroffenen weiterhin regelnd eingreifen⁷⁹. Zusammenfassend könnte, um auf das Eingangsbeispiel zurückzukommen, die Ehefrau künftig der Behandlung ihres bewusstlosen Gatten gültig zustimmen.

§ 5 Einwilligungszuständigkeit bei privaten Vorsorgemassnahmen

I. Vertrauensvormund (Art. 381 ZGB)

Schliesslich besteht auch noch die Möglichkeit, für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit vorzusorgen und selbst eine Person des Vertrauens als Vertreter zu bezeichnen. Bereits nach geltendem Recht ist bei der Bestellung des Vormundes den Wünschen der zu bevormundenden Person Folge zu leisten (Art. 381 ZGB)⁸⁰. Die so vorab bezeichnete Vertrauensperson wird als Vormund oder Beistand eingesetzt mit allen damit verbundenen Einwilligungsrechten und Rechenschaftspflichten. Dem geltenden Recht liegt somit noch die Vorstellung zugrunde, dass nur ein *gesetzlicher* Vertreter einwilligungsbefugt sein kann. Nach dem Vorentwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht sollen mit dem Vorsorgeauftrag (II.) und der Patientenverfügung (III.) zwei Institute *privater* Vorsorge kodifiziert werden, die gesetzlichen Vertretungsmassnahmen vorgehen⁸¹.

II. Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen

Nach Art. 370 Abs. 1 des VE-Er Erwachsenenschutz [2003] kann eine „*urteilsfähige und volljährige Person schriftlich ... Personen bezeichnen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit in ihrem Namen die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen erteilen sollen*“. Dieser durch Vorsorgeauftrag bezeichnete ,Ver-

kenhauspatienten (Patientendekret, [PD]; SAR 333.110), welcher allerdings eine Pflicht zur Konsultation der Angehörigen statuiert. Zum Ganzen STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 364 f.

⁷⁸ MEIER, ZVW [2003] 207, 209 spricht von einem „*Renforcement de la solidarité familiale*“.

⁷⁹ Art. 434 Abs. 2 VE-Er Erwachsenenschutz 2003 [s. Fn. 16].

⁸⁰ BREITSCHMID, ZVW [2001] 144, 150.

⁸¹ Bericht-Er Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 26 ff.; eingehend BREITSCHMID, ZVW [2003] 269 ff. Vgl. dazu im deutschen Recht BERGER, JZ [2000] 797, 800 ff.

treter in Gesundheitsangelegenheiten⁸² ist im Unterschied zum Wunschvertreter nach Art. 381 ZGB auch ohne Einsetzung als Vormund oder Beistand umfassend einwilligungsberechtigt. Der Vorentwurf macht mit der Nachrangigkeit staatlicher Vertretung somit Ernst⁸³: An erster Stelle sind selbst bezeichnete Vertreter, an zweiter Stelle Angehörige zur Einwilligung berufen. Erst wenn diese beiden Vertretungsmöglichkeiten ausscheiden oder versagen, greift der Staat im Interesse des Betroffenen ein⁸⁴.

Der schriftlich abgefasste Vorsorgeauftrag ist zu datieren und zu unterschreiben⁸⁵. Er ist während 10 Jahren gültig, wird aber erst mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers wirksam⁸⁶. Der Auftrag ist jederzeit formlos widerrufbar⁸⁷ und die beauftragte Person kann ihn jederzeit kündigen⁸⁸. Hinsichtlich der Einwilligungsbefugnisse sind privat ernannte Vertreter den gesetzlichen Vertretern gleichgestellt und müssen nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen des Betroffenen entscheiden⁸⁹, es sei denn, der Vorsorgeauftrag enthalte abweichende Anweisungen für die Ausübung des Zustimmungsrechts⁹⁰. Derartige Behandlungsanweisungen in Vorsorgeaufträgen haben den Status von Patientenverfügungen. Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung können und sollen nach neuem Recht auch kombiniert werden.

⁸² Vgl. GUILLOD, in: FS-Schnyder, S. 329 ff., der schöner von ‚*représentant thérapeutiques*‘ spricht. Zu Vorsorgevollmachten de lege lata BREITSCHMID, ZVW [2001] 144 ff.; für das dt. Recht BERGER, JZ [2000] 797, 803 ff.; UHLENBRUCK, in: FS-Deutsch, S. 849 ff.

⁸³ Art. 375 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]: „*Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet eine Massnahme an, wenn die Unterstützung durch die Familie, andere nahe stehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder zum Vornherein als ungenügend erscheint.*“; weiter GEISER, ZVW [2003] 227 f.

⁸⁴ Art. 434 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 10 ff. und S. 72 f. Nach Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 a.a.O. geht die Angehörigeneinwilligung allerdings nur vor, solange (noch) kein Beistand bestellt ist.

⁸⁵ Art. 370 Abs. 3 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁸⁶ Art. 371 i.V.m. Art. 363 Abs. 1 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁸⁷ Art. 371 i.V.m. Art. 363 Abs. 3 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁸⁸ Art. 372 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; zu Problemen bei Unkenntnis von Widerruf und Kündigung SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 525 f.

⁸⁹ Art. 435 Abs. 2 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; BREITSCHMID, ZVW [2003] 269, 274; MEIER, ZVW [2003] 207, 214, fordert deshalb zu Recht neben der Einwilligungserklärung des Vertreters zusätzlich die medizinische Indikation der Massnahme. Zu den Einwilligungsbefugnissen privat bezeichneter Vertreter de lege lata BREITSCHMID, ZVW [2001] 144, 157 ff. und GUILLOD, in: FS-Schnyder, S. 341 ff.

⁹⁰ Art. 370 Abs. 2 und Art. 435 Abs. 2 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

III. Patientenverfügung

Mit einer Patientenverfügung kann festgelegt werden, welche medizinische Behandlung man im Falle einer Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt⁹¹. Die Patientenverfügung geht als selbstbestimmte Verfügung über die Körperintegrität jeglichen fremdbestimmten Vertreterentscheiden - egal ob durch Vormünder oder Angehörige - vor⁹². Eine hinreichend konkretisierte Patientenverfügung gilt *als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung, wenn die in Aussicht genommene Situation tatsächlich eintritt*⁹³. Im geltenden Recht sind Gültigkeit und Wirkung von Patientenverfügungen weitgehend ungeklärt⁹⁴. Der Vorentwurf will deshalb klare Verhältnisse schaffen: Hinreichend konkrete Patientenverfügungen werden aktuellen Einwilligungen gleichgestellt. Eine Vertreterereinwilligung wird bei Vorliegen einer Patientenverfügung somit überflüssig⁹⁵. Diese Vorrangregelung ist zu begrüßen, weil sie bezüglich der Beachtungswürdigkeit selbstbestimmter Patientenentscheide klare Zeichen setzt⁹⁶. Die Einschränkungen folgen jedoch umgehend. Die Vertreterereinwilligung ist nämlich nur entbehrlich, wenn an der Gültigkeit der Patientenverfügung keine begründeten Zweifel bestehen⁹⁷. Die vor allem in Zusammenhang mit Sterbehilfemassnahmen strittige Frage, wann eine Patientenverfügung hinreichend konkretisiert und zweifelsfrei gültig ist⁹⁸, lässt der Vorentwurf freilich unbeantwortet. Weiter können, wie oben dargelegt, auch den in Vorsorgeaufträgen selbst bezeichneten Vertretern verbindliche Behandlungsanweisungen und Eingriffsverweigerungsrechte eingeräumt werden. Unklar bleibt hierbei, welche Funktion diesen Vertretern dann noch zukommen soll. Mit der Übermittlung des verbindlichen Patientenwillens machen sich gewillkürte Vertreter nämlich selber überflüssig, wenn die hinreichend konkretisierten Anweisungen wie aktuelle Einwil-

⁹¹ Art. 373 Abs. 1 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁹² Art. 434 Abs. 1 Ingress VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁹³ Art. 373 Abs. 2 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16].

⁹⁴ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 303 f. m.H.; vgl. immerhin die umfassende Darstellung von K. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, S. 141 ff.; weiter UHLENBRUCK, MedR [1992] 134 ff.

⁹⁵ Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 29; BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 95.

⁹⁶ Ebenso Meier, ZVW [2003] 207, 209; unter dem Titel „Renforcement de l'autodétermination“.

⁹⁷ Art. 373 Abs. 2 und 3 VE-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16]; MEIER, ZVW [2003] 207, 215; zu den Einwänden gegen die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen eingehend unten Fn. 295 ff.

⁹⁸ Statt vieler BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 23.

lungen gelten sollen. Nach GUILLOD wird die Vertretung bei Vorliegen konkreter Behandlungsanweisungen zur reinen Überwachungsaufgabe⁹⁹.

§ 6 **Fazit zum 1. Teil**

Bei gesamthafter Betrachtung der Einwilligungszuständigkeiten ergibt sich unter dem Regime des noch geltenden Kinds- und Vormundschaftsrechts folgende Reihenfolge: Für urteilsunfähige Personen ist an erster Stelle der *gesetzliche* Vertreter zur stellvertretenden Einwilligung berufen. Für urteilsunfähige Unmündige sind das in aller Regel die Eltern, für urteilsunfähige Mündige der Vormund oder Beistand. Fehlen einwilligungsberechtigte gesetzliche Vertreter oder sind diese an der Zustimmung verhindert, so ist an zweiter Stelle - je nach voraussichtlicher Dauer der Urteilsunfähigkeit - ein Entmündigungsverfahren einzuleiten oder ein Vertretungsbeistand zu bestellen, wobei dringende Eingriffsentscheide von der Vormundschaftsbehörde direkt erteilt werden können. Es wurde allerdings dargelegt, dass anstelle dieser einstweiligen Entscheide der mit dem Betroffenen nicht vertrauten Vormundschaftsbehörden bereits unter geltendem Recht eine subsidiäre Einwilligungsberechtigung naher Angehöriger besteht, wenn die Zeit nicht ausreicht, diese förmlich zu gesetzlichen Vertretern zu bestellen. Erst an letzter Stelle und nur wenn im Notfall weder ausreichend Zeit für eine einstweilige behördliche Entscheidung noch für die Einholung einer Angehörigenzustimmung verbleibt, darf der Arzt alleine über die Vornahme des Eingriffes entscheiden. Was schliesslich Massnahmen privater Vorsorge anbelangt, so ist die Situation de lege lata wenig geklärt. Vom Urteilsunfähigen selbst bezeichnete Stellvertreter müssen unter geltendem Recht noch als gesetzliche (Wunsch-)Vertreter eingesetzt werden, um einwilligungsberechtigt zu sein. Die Geltung von Patientenverfügungen wurde in der Lehre zwar ausführlich und kontrovers erörtert, sie hat bisher jedoch keine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfahren.

Während im geltenden Recht beim Fehlen einwilligungsberechtigter Vertreter noch zwingend vormundschaftliche Massnahmen zur Anwendung gelangen, ist im Entwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht eine eindeutige Tendenz zur Förderung *privater* Vorsorgemassnahmen und zur Einwilligungsberechtigung von Nahestehenden und Vertrauenspersonen auszumachen. Selbst wenn gerade im Zusammenhang mit Patientenverfügungen auch im neuen Recht vieles unge-

⁹⁹ GUILLOD, in: FS-Schnyder, S. 344 (,Représentant surveillant').

klärt bleiben wird, so ist die beabsichtigte Vorrangregelung dennoch als eindeutiges Bekenntnis zur selbstbestimmten Vorsorge und zur Respektierung autonomer Vorabentscheide zu begrüßen. Die gesetzliche Verankerung einer subsidiären Einwilligungsberechtigung Angehöriger schliesslich, ist einerseits nichts als die Positivierung einer längst gelebten Praxis und entlastet andererseits auch die betroffenen Ärzte von alleiniger Entscheidungsverantwortlichkeit in Notfällen.

2. Teil: Schranken stellvertretender Einwilligung

Nachdem im vorangegangenen, ersten Teil der Frage nachgegangen wurde, *wer* für die Urteilsunfähigen stellvertretend einwilligen kann, soll in der Folge geklärt werden, *welche Eingriffe* in Vertretung erlaubt werden dürfen und welche nicht. Es geht somit um die Schranken der Vertretungskompetenz.

Nach allgemeinen Ausführungen zum Umfang der Vertreterereinwilligung (A) wird es unter dem Titel ‚therapeutische Eingriffe‘ (B), um die konkreten Einwilligungsbefugnisse bei Heileingriffen (§ 9) und Therapieversuchen (§ 10) gehen, welche beide die Heilung des Patienten zum Ziel haben. Unter dem Titel nicht-therapeutische Eingriffe (C) folgt die Betrachtung einer Reihe von Eingriffen, die nicht zu Therapiezwecken vorgenommen werden: Forschungseingriffe (§ 11) liegen nur teilweise, Organentnahmen (§ 12) nie im gesundheitlichen Eigeninteresse der Betroffenen; beide nützen aber Dritten. Beschneidungen und Genitalverstümmelungen (§ 13), Sterilisationen (§ 14) oder Schwangerschaftsabbrüche (§ 15) schliesslich werden aus andern als rein medizinischen Beweggründen vorgenommen (D).

Dem besseren Verständnis der begrifflichen Aufteilung medizinischer Eingriffe dient die folgende Darstellung:

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe		
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch	
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	Nicht medizinisch motivierte Eingriffe	

A. Allgemeine Schranken der Einwilligungsbefugnisse

Urteilunfähige Personen können naturgemäss weder aufgeklärt werden noch selbst einwilligen. An ihrer Stelle entscheiden die gesetzlichen Vertreter. Diese Vertretungseinwilligung ist im Gegensatz zum selbstbestimmten Eingriffsentcheid urteilsfähiger Patienten ein Akt der Fremdbestimmung¹⁰⁰. Dies führt zu der grundlegenden Unterscheidung, dass Urteilsfähige soweit sie über ihre körperliche Integrität autonom entscheiden, auch Eingriffen zustimmen können, die ihrer Gesundheit schaden¹⁰¹, während sich die gesetzlichen Vertreter bei ihrer Einwilligungserklärung grundsätzlich am Wohl (§ 7) aber auch an früheren Willensäusserungen (§ 8) des Betroffenen zu orientieren haben.

§ 7 Kinds-/ Mündelwohl als Schranke der Vertretungsbefugnisse

Die Biomedizin-Konvention¹⁰² hält in Art. 6 Abs. 1 als Grundsatz fest, dass medizinische Interventionen an Einwilligungsunfähigen nur zu deren unmittelbaren Nutzen erlaubt sind. Ebenso eindeutig ergibt sich aus den Vorschriften des schweizerischen Kindes- und Vormundschaftsrechts, dass sich die gesetzlichen Vertreter stets am **Kinds- und Mündelwohl** zu orientieren haben¹⁰³. Soweit urteilsunfähige Kinder betroffen sind, werden die Eltern auch durch Art. 11 Abs. 1 BV in die Pflicht genommen, nur zum Wohl ihres Kindes zu

¹⁰⁰ KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 234; KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 129 f.

¹⁰¹ Explizit AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 6. Freilich wird auch die Dispositionsbefugnis Urteilsfähiger über ihren Körper paternalistisch eingeschränkt. So bleiben *schwere Körperverletzungen* trotz Einwilligung strafbewehrt, wenn sie nicht gleichzeitig achtenswerten Zwecken dienen (Organspende unter Lebenden) oder medizinisch indiziert sind (h.L., statt vieler: STRATENWERTH, AT I, § 10 N 14 ff.). Zur Übertragbarkeit der Einwilligungsschranken von § 228 [ehem. 226a] (dt.) StGB auf das schweizerische Strafrecht kritisch WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 140 ff.; eingehend zu § 226a (dt.) StGB GÖBEL, Einwilligung, S. 46 ff.

¹⁰² Die Biomedizin-Konvention [Fn. 11] wird mit ihrer Ratifikation unmittelbar geltendes und weitgehend direkt anwendbares Völkerrecht, vgl. hierzu die Botschaft, BBl [2002] 271, 285 f. sowie STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 353 f. Deren Ratifikation bleibt jedoch bis zur Verabschiedung des Transplantationsgesetzes suspendiert, vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl [2002] 29, 196.

¹⁰³ Für die Eltern: Art. 301 Abs. 1 ZGB; für den Vormund: Art. 367 Abs. 1 ZGB; im dt. Recht entsprechend: §§ 1627 1. Satz und 1901 Abs. 2 1. Satz BGB. Eingehend Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 294 ff.; weiter BGE 114 Ia 350, 362 f. (kritisch zu diesem Entscheid GUILLOD, Plädoyer [1989] Nr. 3, S. 51 f.).

entscheiden¹⁰⁴. Wichtigste Schranke stellvertretender Einwilligungsbefugnis ist somit das Betroffenenwohl.

§ 8 Frühere Wünsche als Schranke der Vertretungsbefugnisse

Während Art. 6 der Biomedizin-Konvention die Vertreter verpflichtet, stets zum Wohl der Vertretenen zu entscheiden, bestimmt Art. 9, dass bei Nichteinwilligungsfähigen die *„früher im Hinblick auf eine solche Intervention geäußerten Wünsche“* zu berücksichtigen sind¹⁰⁵. Früher geäußerte Wünsche können naturgemäss nur bei Patienten berücksichtigt werden, die zu solchen Willensäusserungen früher einmal fähig waren. Für die Vertreterentscheide folgt daraus, dass die Urteilsunfähigen nach der Art und Natur ihrer Urteilsunfähigkeit eingeteilt werden müssen:

- Zur ersten Gruppe der **„konstitutionell“ oder „genuin“ Urteilsunfähigen** zählen alle Personen, die aufgrund ihres Kindesalters oder aufgrund schwerster geistiger Behinderungen bis zum Eingriffszeitpunkt (*noch*) *nie* in der Lage waren, einen eingriffsrelevanten Willen zu bilden, geschweige denn diesbezügliche Wünsche zu artikulieren. Ihre Urteilsunfähigkeit ist eine ursprüngliche¹⁰⁶. Mangels früherer Wünsche haben sich die Vertreter hier ausschliesslich am gesundheitlichen Wohl des Urteilsunfähigen zu orientieren.
- Die zweite Gruppe der **ehemals Urteilsfähigen** umfasst Personen, die ihre Einsichtsfähigkeit beispielsweise infolge unfallbedingter Bewusstlosigkeit oder als Folge einer fortgeschrittenen neurodegenerativen Erkrankung *verloren haben*. Ihre Urteilsunfähigkeit ist eine nachträgliche. Nur bei dieser nachträglich eingetretenen Urteilsunfähigkeit können und müssen früher geäußerte Wünsche mitberücksichtigt werden (Art. 9 Biomedizin-

¹⁰⁴ R. REUSSER/K. LÜSCHER, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV Rz 14; zur Konkretisierung des Kindeswohls BRAUCHLI, Kindeswohl als Maxime des Rechts, S. 114 ff.

¹⁰⁵ Vgl. COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 60 ff und die Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 303 f. Ebenso BGE 114 Ia 350, 363.

¹⁰⁶ Wenn hier von ursprünglicher Urteilsunfähigkeit die Rede ist, dann ist damit eine seit Geburt bestehende Urteilsunfähigkeit gemeint, im Gegensatz zu der nachträglich eingetretenen Urteilsunfähigkeit (sogleich unten). K. REUSSER, Patientenwille, S. 6 unterscheidet nach Patienten, die nie urteilsfähig waren und „ursprünglich“ (gemeint ehemals) urteilsfähigen Patienten.

Konvention)¹⁰⁷. Die gesetzlichen Vertreter dieser ehemals Urteilsfähigen müssen bei ihren Vertreterentscheiden somit nicht nur das Wohl der Betroffenen wahren, sondern auch deren mutmasslichen Eingriffswillen berücksichtigen. Dies führt die Vertreter dort in ein Dilemma, wo eine Beachtung des Willens gleichzeitig dem objektiven Wohl des Betroffenen widerspricht¹⁰⁸.

Im Gegensatz zur vorliegenden Einteilung unterscheidet WIEGAND zwischen **kasueller** und **habitueLLer** Urteilsunfähigkeit und somit nach deren Dauer. Nur beim kasuell (vorübergehend) Urteilsunfähigen soll nach dessen mutmasslicher Eingriffszustimmung gefragt werden, während beim habituell (dauernd) Urteilsunfähigen mangels ‚rechtserheblichen Willens‘ ausschliesslich der Wille des gesetzlichen Vertreters massgebend sei¹⁰⁹. Diese Unterscheidung verkennt, dass frühere Patientenwünsche unabhängig von der Dauer der Urteilsunfähigkeit zu berücksichtigen sind. Aufzeigen lässt sich dies am praktisch wohl wichtigsten Fall einer vom Patienten gewünschten Unterlassung lebensverlängernder Massnahmen. Dieser Wunsch wird ja genau für den Fall einer *dauernden* und irreversiblen Urteilsunfähigkeit geäussert. Mit der Äusserung eines Verzichts auf lebensverlängernde Massnahmen erhebt der Betroffene gerade für diejenigen Situationen Anspruch auf die Respektierung seines Wunsches, in denen klar ist, dass seine Urteilsunfähigkeit nicht bloss vorübergehender Natur ist. Damit ist allerdings noch nichts ausgesagt über die generelle Verbindlichkeit derartiger ‚Patiententestamente‘¹¹⁰, zumal gerade bei zeitlich sehr weit zurückliegenden Verfügungen, Zweifel an der Aktualität und Informiertheit der früheren Willensäusserung berechtigt erscheinen¹¹¹. So bestimmen etwa die Richtlinien der SAMW zur Behandlung zerebral schwerst geschädigter Patienten, dass Patientenverfügungen umso eher gelten, *„je klarer sie formuliert sind, je kürzer die Unterzeichnung zurückliegt und je besser der Patient die eingetretene Situation antizipiert hat.“*¹¹² Trotzdem dürfte klar sein, dass auch bei dauernd Urteilsunfähigen frühere Wünsche nicht gänzlich unbeachtet bleiben und durch den Wil-

¹⁰⁷ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 23.

¹⁰⁸ Siehe dazu hinten Fn. 138 passim.

¹⁰⁹ WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 161 ff.

¹¹⁰ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 303 f.; DEUTSCH, NJW [1979] 1905, 1908; KOCH, in: Medizinethische Materialien, Heft 93, S. 26 ff.

¹¹¹ COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 62: *„When the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed, there may be grounds for not heeding the patient's opinion.“*

¹¹² SAMW, Richtlinien zur Behandlung zerebral schwerst Geschädigter (2003), II. 2.2., abgedruckt in: SÄZ [2004] 50 ff.

len des gesetzlichen Vertreters ersetzt werden dürfen, wie dies von WIEGAND¹¹³ gefordert wird¹¹⁴.

Im Übrigen zeigt ein rechtsvergleichender Blick in die englischsprachige Doktrin, dass dort ebenfalls zwischen genuiner und nachträglicher Urteilsunfähigkeit unterschieden wird. Je nach Art der Urteilsunfähigkeit folgt die Vertreterentscheidung anderen Entscheidungsmaximen¹¹⁵. Nach BUCHANAN/BROCK haben die Vertreter von genuin, also seit Geburt urteilsunfähigen Personen nach dem sog. **best interest principle** zu entscheiden: „*The best interest principle states that a surrogate is to choose what will best serve the patient's interest, in other words, that which will maximally promote the patient's good.*“¹¹⁶ Die Vertreter von ehemals Urteilsfähigen andererseits haben bei ihrer Entscheidung nebst dem Wohl des Betroffenen vor allem auch dessen Willen zu berücksichtigen. Bei nachträglicher Urteilsunfähigkeit gilt deshalb das sog. **substituted judgement principle** als Maxime der Vertreterentscheidung: „*The substituted judgment principle states that a surrogate is to choose as the patient would choose if the patient were competent ...*“¹¹⁷. Die Vertreter haben in einer stellvertretenden Beurteilung im Sinne und nach den Wünschen des Betroffenen zu entscheiden. Ein auf diese Weise gemutmasster Wille lässt sich aber nur Personen unterstellen, die vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit zur Willensbildung fähig waren¹¹⁸.

Zusammenfassend sind die Einwilligungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter in zweierlei Hinsicht beschränkt. Einmal haben sich die Vertreter bei all ihren Zustimmungsentscheiden am gesundheitlichen Wohl des Vertretenen zu orientieren. Bei ehemals urteilsfähigen Patienten müssen zusätzlich noch Mutmassungen über deren vermuteten Eingriffswillen angestellt werden. Diese prinzipiellen Einschränkungen der Einwilligungsbefugnisse werden in der Folge anhand idealtypischer Eingriffssituationen im Einzelnen abgehandelt. Es wird einerseits darum gehen, verallgemeinerungsfähige Parameter dafür zu formulieren, wann ein Eingriff dem Wohl des betroffenen Urteilsunfähigen dient. Ande-

¹¹³ WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 161 ff.

¹¹⁴ A.A. MERKEL, ZStW [1995] 545, 565 f., wonach sich dauernd und irreversibel Urteilsunfähigen (i.c. Apallikern) ein Wille nicht über Mutmassungen zuschreiben lasse, weil diesen prinzipiell die Möglichkeit fehle, die Entscheidung später einmal billigen zu können.

¹¹⁵ Vgl. hierzu *das* Standardwerk zu Maximen der Vertreterentscheidung von BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, 113 ff.

¹¹⁶ BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, S. 94.

¹¹⁷ BUCHANAN/BROCK, *Deciding for Others*, S. 94 f; vgl. auch EBD., S. 112 ff.

¹¹⁸ So explizit auch LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 127, welche das Abstellen auf eine Willensmutmassung bei genuin Urteilsunfähigen als *misapplication of the substituted judgment doctrine* qualifiziert.

rerseits wird zu erläutern sein, ob der gemutmasste Patientenwille, der sich beispielsweise aus früheren Willensäußerungen oder einer Gesamtschau der Lebensführung des Betroffenen soll eruieren lassen, nur dann zu befolgen ist, wenn er mit den gesundheitlichen Interessen des Urteilsunfähigen konform geht, oder ob eine gemutmasste Eingriffsverweigerung beispielsweise auch dann zu respektieren ist, wenn dies für den Betroffenen lebensbedrohlich ist.

B. Therapeutische Eingriffe

§ 9 Heileingriffe

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

I. Begriffliches

Als Heilbehandlung gelten alle ärztlichen Eingriffe zu therapeutischen Zwecken¹¹⁹. Hierzu zählen nicht nur im engeren Sinne heilende sondern auch diagnostische (Blut- / Urinproben) sowie vorbeugende (Impfungen) Eingriffe¹²⁰. Differenzierend wird auch von **Standardeingriffen**¹²¹ gesprochen, um hervorzuheben, dass den Heilbehandlungen im Gegensatz zu den nachstehend erläuterten Versuchseingriffen anerkanntes Erfahrungswissen, mithin ein Standard, zugrunde liegt¹²². Im Übrigen wird in der Folge mit B. TAG davon ausgegangen, dass eine qualitative Unterscheidung zwischen allgemeiner *Heilbehandlung* und

¹¹⁹ Eingehend zum Begriff der Heilbehandlung TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 31 ff.

¹²⁰ Vgl. ESER in: Schönke/Schröder²⁶, §223 (dt)StGB N 34. Eine gesetzliche Definition findet sich in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zum Mehrwertsteuergesetz (SR 641.201): „Als Heilbehandlungen gelten die Feststellung und Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und anderen Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit des Menschen sowie Tätigkeiten, die der Vorbeugung von Krankheiten und Gesundheitsstörungen des Menschen dienen.“

¹²¹ Hart, MedR [1998] 8 ff.

¹²² Dieser Standard beschreibt die Anforderungen, die an ein Eingreifen lege artis zu stellen sind, vgl. D. GIESEN, JR [1991] 464.

invasivem *Heileingriff* den diversen Verfahren der modernen Spitzenmedizin (Chemotherapie, Strahlenbehandlung, etc.) nicht gerecht zu werden vermag¹²³.

II. Voraussetzungen der Vertreterereinwilligung

1. Stellvertretende Zustimmung zu indizierten Eingriffen

Die Frage, ob Heileingriffe einer stellvertretenden Einwilligung zugänglich sind, mag auf den ersten Blick befremden, zumal der Sinn des Eingriffes ja gerade in der Heilung und somit in der Beförderung des gesundheitlichen Wohls liegt. Sie ist denn auch nur verständlich vor dem Hintergrund einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die jeden Heileingriff als tatbestandsmässige Körperverletzung begreift¹²⁴. Beim einsichtsfähigen Patienten entfällt der Verletzungsunwert, soweit die Körperintegrität in selbstbestimmter Entscheidung ärztlichem Eingreifen preisgegeben wird¹²⁵. Bei Urteilsunfähigen wird die Körperverletzung durch die Einwilligung ihrer (gesetzlichen) Vertreter gerechtfertigt. Wegen dieser Fremdbestimmung können auch Heileingriffe nur insoweit stellvertretend erlaubt werden, als sie medizinisch indiziert sind¹²⁶. Als Indikation wird das positive Resultat einer Abwägung aller für und gegen (Kontraindikation) einen Eingriff sprechenden Parameter verstanden. Indiziert ist, was bei geringstem Risiko erfahrungsgemäss den grössten therapeutischen Nutzen verspricht¹²⁷. In Bezug auf die Eingrenzung von Einwilligungsbefugnissen kommt der medizinischen Indikation einer Massnahme somit in zweierlei Hinsicht zentrale Bedeutung zu:

- Wegen ihrer Bindung an das gesundheitliche Wohl des Betroffenen bleibt es den Vertretern erstens verwehrt, **nicht medizinisch indizierte** Eingriffe vornehmen zu lassen¹²⁸. In der Literatur wird hierbei stets auf Schönheits-

¹²³ Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 39 ff. Unterscheidung von Heilbehandlung und -eingriff noch bei Bussmann, Heileingriffe, S. 3.

¹²⁴ BGE 99 IV 208; bestätigt in BGE 124 IV 258, 260 f. (hierzu: SJZ [1999] 76); ständige Rechtsprechung auch in Deutschland (vgl. etwa BGHSt 11, 111 [112]); hierzu umfassend TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 13 ff.

¹²⁵ Eingehend zu den Rechtfertigungs- und Tatbestandslösungen TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 14 ff.

¹²⁶ Absolut h.L.; statt vieler TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 313: „Als Leitlinie kann gelten, dass eine medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Behandlung dem Wohl des Kindes entspricht“.

¹²⁷ Zum Begriff BRÜCKNER, ZSR [1999] 451, 462. und ROUKA, Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen, S. 82 f.

¹²⁸ BELLING, FUR [1990] 68, 73 f. und BRÜCKNER, ZSR [1999] 451, 475 f.

operationen verwiesen, welche allenfalls bei Behebung unfallbedingter oder angeborener Entstellungen indizierte Heilbehandlungen seien¹²⁹. Erst recht ausgeschlossen ist eine Vertreterereinwilligung bei kontraindizierten Behandlungsmassnahmen, welche nicht einmal auf nachhaltigen Wunsch einsichtsfähiger Patienten zulässig sein sollen¹³⁰.

- Zweitens kann die Verpflichtung auf das Kinds- und Mündelwohl bei vital indizierten Eingriffen sogar zu einer **Einwilligungspflicht** des Vertreters führen¹³¹. Die elterliche Einwilligungszuständigkeit ist Bestandteil ihres Rechts, dem Wohl des Kindes Sorge zu tragen¹³². Weil diese Sorge jedoch auch elterliche Pflicht ist¹³³, dürfen sie keine das Wohl des Kindes gefährdenden Eingriffsentscheide treffen. Besteht bei eindeutiger Diagnose (akute Entzündung des Blinddarms) eine objektiv indizierte Standardtherapie (Appendektomie), so wird der Vertreter einwilligen müssen, zumal eine Therapieverweigerung die Gesundheit des Betroffenen erheblich gefährden würde. Weigern sich die Vertreter, notwendige Eingriffe zuzulassen, kann die Vormundschaftsbehörde die fehlende Einwilligung ersetzen¹³⁴.

2. Stellvertretende Verweigerung indizierter Eingriffe

Ist ein Eingriff medizinisch angezeigt, so müssen die Vertreter ihm zustimmen, um nicht ihre Verpflichtung auf das Betroffenenwohl zu verletzen. Andererseits dürfen sie Heileingriffen selbst bei vitaler Indikation dann nicht stellvertretend zustimmen, wenn sie der Betroffene noch im Zustand der Urteilsfähigkeit für

¹²⁹ BELLING, FUR [1990] 68, 74; BUSSMANN, Heileingriffe, S. 11; ESER, in: Schönke/ Schröder²⁶, § 223 N 50 b). Auf die Vertreterbefugnisse bei nicht rein medizinisch motivierten Eingriffen wird zurückzukommen sein (vgl. unten Fn. 468 ff).

¹³⁰ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.9.2002 - 7U 102/01, MedR [2003] 104 ff. Dieser Entscheidung entspricht der h.L. in der Schweiz, welche die Einwilligungen in schwere Körperverletzungen nur bei medizinischer Indikation zulässt (vgl. bspw. REHBERG/ DONATSCH, Strafrecht I, § 22, 2.1. c). Zum Streit um die Gültigkeit von Einwilligungen in kontraindizierte Behandlungen vgl. den „Zahnextraktionsfall“ (BGH, NJW [1978] 1206): In casu hat sich eine Patientin, entgegen eindringlichem Abraten ihres Zahnarztes, sämtliche Zähne des Oberkiefers ziehen lassen, in der irrigen Vorstellung dadurch ihre chronischen Kopfschmerzen loszuwerden (umfassend hierzu MEYER, Zahnextraktionsfall, S. 95 ff.).

¹³¹ KERN, NJW [1994] 753, 756.

¹³² Art. 304 Abs. 1 ZGB.

¹³³ REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 312; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 41 II.

¹³⁴ BeKo-ZGB-SCHNYDER/MURER, Art. 392 N 110 und Art. 361 N 62; vgl. im Übrigen oben Fn. 46 ff.

die Zukunft verboten hat. Eine umstrittene oberlandesgerichtliche Entscheidung aus Deutschland mag die Problematik verdeutlichen:

***OLG München, Urteil vom 31. 1. 2002 - 1 U 4705/98¹³⁵:** Eine Zeugin Jehovas mit unklaren Befunden hinsichtlich ihres rechten Eierstocks wurde einer diagnostischen Bauchspiegelung unterzogen. Der Zustand der Patientin verschlechterte sich nach diesem Eingriff. Im Gefolge einer zweiten Operation, bei der eine Perforation im Darmbereich vernäht werden musste, wurde die Patientin bewusstlos. Zum Überleben war sie dringend auf Bluttransfusionen angewiesen. Vor beiden Operationen hatte die Patientin ausdrücklich erklärt, als Zeugin Jehovas jegliche Bluttransfusionen abzulehnen¹³⁶, was sich auch aus einer zu den Krankenakten gereichten Patientenverfügung unzweifelhaft ergab. Zudem hatte sie für den Fall ihrer Entscheidungsunfähigkeit eine Vertrauensperson zur Überwachung ihrer Verfügung bevollmächtigt. Das Vormundschaftsgericht, welches über diese Vollmacht nicht informiert wurde, bestellte den Ehemann der Patientin zum Betreuer. Dieser gehörte der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas nicht an und stimmte den Bluttransfusionen stellvertretend zu. Die darauf erhobene Klage wurde u.a. mit der Begründung abgewiesen, dass „demjenigen Zeugen Jehovas, dem ... daran gelegen ist, für seinen Glauben zu sterben... zugemutet werden [kann], sich ... in die Obhut von Ärzten zu begeben, die sich ohne jeglichen Vorbehalt dem Glaubensimperativ der Zeugen Jehovas beugen und solche Patienten gegebenenfalls auch sterben lassen.“¹³⁷*

Die Verpflichtung, stets zum Wohl der urteilsunfähigen Patientin zu entscheiden (Art. 6 Abs. 1 Biomedizin-Konvention), gerät hier in Konflikt mit dem Gebot, ihren Willen zu achten (Art. 9 Biomedizin-Konvention). Inwieweit sind medizinisch unvernünftige Wünsche bei der Vertreterentscheidung bindend? Art. 9 der Konvention bietet keine Handhabe bei der Lösung dieses Konflikts. Dieser verlangt nämlich lediglich, früher geäußerte Wünsche „zu berücksichtigen“, und

¹³⁵ Urteil und berechtigte Kritik von BENDER in: MedR [2003] 174 ff.

¹³⁶ Das Verbot der Blutgabe wird von den Zeugen Jehovas unter anderem aus dem 3. Buch Mose (Levitikus) abgeleitet, wo es bei den Opfergesetzen in Kapitel 7, Vers 27 heisst: „Jeder der Blut isst, wird ausgerottet werden aus seinem Volk“.

¹³⁷ MedR [2003] 174, 176; zu einer in der gleichen Sache erhobenen Verfassungsbeschwerde (BVerfG, NJW [2002] 206 f.) kritisch HESSLER, MedR [2003] 13 ff. Zum Ganzen vgl. BENDER, MedR [1999] 260 ff.; MAZAL, in: Grenzfällen der ärztlichen Behandlung, S. 27 ff.

somit eben gerade nicht „zu befolgen“¹³⁸. Das Dilemma ist offenkundig: Niemand würde in casu den Ehemann zur Verweigerung der Einwilligung verpflichten wollen. Andererseits kann die gegen den ausdrücklichen Willen der einsichtsfähigen Patientin vorgenommene lebensrettende Bluttransfusion, welche als eigenmächtiger Heileingriff strafbar wäre¹³⁹, nicht dadurch zulässig werden, dass sie die Patientin in Folge ihrer Einwilligungsunfähigkeit nicht mehr selber verbieten kann¹⁴⁰.

Die Patientin lehnte Bluttransfusionen unter allen Umständen ab¹⁴¹. Auch nachdem sie ihr Bewusstsein verloren hatte, bestand überhaupt kein Anlass, an der Aufrechterhaltung ihres Transfusionsvetos zu zweifeln¹⁴². Die Durchsetzung dieser Behandlungsverweigerung jedoch wollte selbst die Patientin ihrem Ehemann nicht zumuten, weshalb sie hierfür eine Vertrauensperson bezeichnete. Diese Vertrauensperson muss die Zustimmung zu Bluttransfusionen in einer für die Ärzte verbindlichen Weise verweigern können. Denn nur so kann einem selbstbestimmten Behandlungsverzicht auch über die eigene Einwilligungsfähigkeit hinaus Geltung verschafft werden. Für das angesprochene Pflichtdilemma des Vertreters, entweder den Patientenwillen oder das Patientenwohl zu wahren, kann somit Folgendes festgehalten werden:

- Im Grunde geht es hier um die alte Streitfrage, ob bei einer Rechtfertigung aufgrund mutmasslicher Einwilligung ein Handeln in Übereinstimmung mit dem vermuteten Willen ausreichend ist, oder ob die Verletzungshandlung zusätzlich noch im objektiven Interesse des Betroffenen liegen muss¹⁴³. Bei allen Meinungsverschiedenheiten besteht insofern ein Minimalkonsens, als ein den objektiven Gesundheitsinteressen zuwiderlaufender mutmasslicher

¹³⁸ So explizit COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 62 und BERGER/HAAHROFF, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 137 f.; vgl. auch Bericht Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 29.

¹³⁹ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 22.

¹⁴⁰ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 26. Zur Fortwirkung von Eingriffszustimmungen über die Urteilsfähigkeit hinaus siehe SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 529.

¹⁴¹ Zur Reichweite des Transfusionsverbotes vgl. DEUTSCH/BENDER/ECKSTEIN/ZIMMERMANN, Transfusionsrecht, N 666: So ist sowohl die Gabe von Vollblut als auch von Bluthauptbestandteilen verboten und die autologe ebenso wie die homologe Transfusion unerlaubt. Die Billigung des Einsatzes von Blutverdünnungsmitteln ist ins eigene Ermessen des Zeugen Jehovas gestellt. Hingegen sind Hämodialyseverfahren erlaubt, solange es nicht zur extrakorporalen Zwischenlagerung des Blutes kommt.

¹⁴² So auch BENDER MedR [2003] 179.

¹⁴³ Übersichten bei ROXIN, AT I, § 18 N 5 ff.; SEELMANN, AT, S. 54 f.; STRATENWERTH, AT I § 10 N 25 ff.; TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I S. 505 ff.; siehe im Übrigen ausführlich hinten Fn. 453 ff.

Wille umso eher zu respektieren ist, je deutlicher dieser im Hinblick auf solche Situationen der eigenen Entscheidungsunfähigkeit zum Ausdruck gebracht wurde¹⁴⁴. Diese Deutlichkeit ist bei antizipierter Eingriffsverweigerung wesensgemäss ausgeprägter als bei antizipierter Eingriffsbilligung, weil sich die Weigerung - wie das Beispiel der abgelehnten Bluttransfusionen zeigt - auf einen genau spezifizierten Eingriff¹⁴⁵ beziehen lässt¹⁴⁶. Soweit frühere Wünsche in Gestalt spezifischer Behandlungsvetos auf ebenso umfassenden Eingriffsaufklärungen beruhen wie aktuelle Eingriffsverweigerungen, gibt es keinen Grund, sie nicht auch zu befolgen¹⁴⁷. Für das Entscheidungsdilemma des Vertreters steht damit fest, dass der antizipierte Behandlungsverzicht schwerer wiegt als die Vertreterpflicht zur Wahrung des Betroffenenwohls¹⁴⁸. Es reicht nicht, den eindeutigen Behandlungsverzicht bloss als Indiz für den mutmasslichen Willen *zu berücksichtigen*¹⁴⁹. Der Wunsch, kein Blut übertragen zu erhalten, muss auch *befolgt* werden¹⁵⁰. Wer eindeutige Behandlungsverweigerungen bloss als Indizien für den mutmasslichen Patientenwillen deutet, bezieht unweigerlich wieder Überlegungen des wohlverstandenen Patienteninteresses in die Rechtfertigung mit ein¹⁵¹. Dies ist paternalistisch, weil damit genau die ‚objektiv vernünftige‘ Sichtweise Dritter wieder Berücksichtigung findet, die der Zeuge Jehovas mit seinem kategorischen Vorabverbot zu überwinden hoffte.

- Ebenso klar ist andererseits, dass Zeugen Jehovas lebensnotwendige Bluttransfusionen für ihr urteilsunfähiges Kind nicht gültig verweigern können¹⁵². Die Eltern haben ihrem Entscheid einzig das Kindswohl zugrunde zu

¹⁴⁴ TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I S. 508.

¹⁴⁵ Zu den von Zeugen Jehovas abgelehnten Eingriffen im Detail Fn. 141.

¹⁴⁶ Nach BSK StGB I-SEELMANN, Art. 32 N 18 wirkt deshalb ein mutmasslich den objektiven Interessen zuwiderlaufender Wille nur in Bezug auf die Unterlassung von Eingriffen rechtfertigend.

¹⁴⁷ BENDER, MedR [1999] 260, 261 f.; ähnlich TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141.

¹⁴⁸ SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 574; STRATENWERTH, AT I, §10 N 30.

¹⁴⁹ Ebenso BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 116: „[...] *a properly executed advance directive is not merely evidence of an individual's preference. The issuing of the advanced directive is a performance, an act of will...*”

¹⁵⁰ Dies entspricht der vorgesehenen Regelung zur Patientenverfügung in Art. 373 VE-Erwachsenenschutz [2003]; hierzu Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [beide Fn. 16], S. 29.

¹⁵¹ Ähnlich kritisch zur blossen Indizwirkung KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 232.

¹⁵² DEUTSCH/BENDER/ECKSTEIN/ZIMMERMANN, Transfusionsrecht, N 689 ff.; a.M. HESSLER/GLOCKENTIN, MedR [2000] 419, 421 f.; hierzu die Stellungnahme von BENDER, MedR [2000] 422 f.

legen, weil es bei nicht einsichtsfähigen Kindern naturgemäss an früheren Eingriffsvetos fehlt. Es besteht sogar eine elterliche *Pflicht*, vital indizierten Eingriffen zuzustimmen, welche nötigenfalls vormundschaftsrechtlich durchsetzbar ist¹⁵³. Die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes können sich insoweit weder auf ihre Religionsfreiheit noch auf ihr verfassungsrechtlich verbürgtes Erziehungsermessen berufen, da beide ihre Schranken an den kindlichen Gesundheitsinteressen finden¹⁵⁴.

III. Fazit

Rekapitulierend sind die Einwilligungsbefugnisse der Vertreter einerseits durch ihre Verpflichtung auf Kinds- und Mündelwohl inhaltlich beschränkt. Zur Konkretisierung des Wohlbegriffs wird man sich am gesundheitlichen Nutzen der Massnahme für den Betroffenen orientieren müssen¹⁵⁵. Hierfür liefert die medizinische Indikation einen naturwissenschaftlich belegten Anhaltspunkt. Die Konsequenzen dieser Einwilligungsschranken bei Heileingriffen fasst B. R. KERN treffend zusammen: „*Die Eltern dürfen nur in indizierte Eingriffe einwilligen, aber sie müssen es andererseits auch*“¹⁵⁶.

Bei Personen, die ihre Urteilsfähigkeit verloren haben, sind zusätzlich Mutmassungen über deren Eingriffswillen anzustellen und in die Vertreterentscheidung mit einzubeziehen. Hierbei muss ein von der rein objektiven Interessenbestimmung abweichender Wille respektiert werden, sofern er sich unzweifelhaft auf den in Frage stehenden Eingriff beziehen lässt. In dieser Deutlichkeit wird sich ein mutmasslicher Wille in aller Regel nur eruieren lassen, wenn er sich auf die Unterlassung genau bestimmter Eingriffe bezieht. Ein derart eindeutiges Behandlungsveto wie im Fall der Zeugin Jehovas bindet die Vertreter und wiegt schwerer als deren primäre Verpflichtung, das Vertretenenwohl zu wahren.

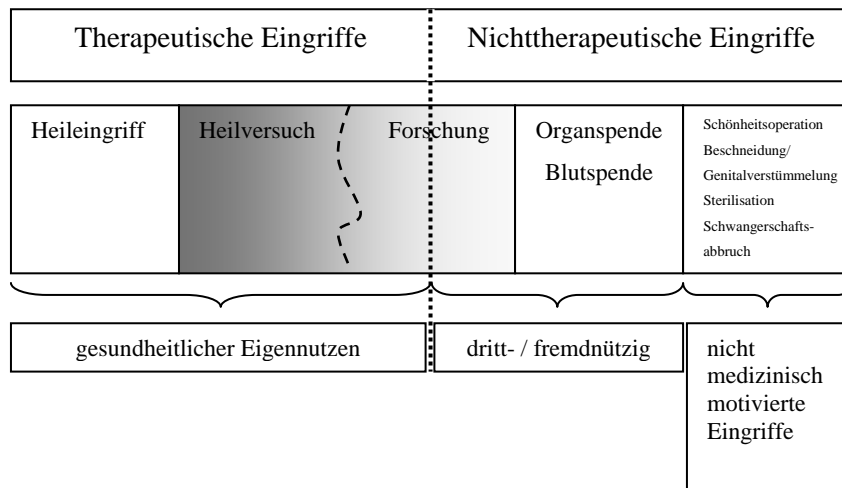
¹⁵³ Hierzu BENDER, MedR [1999] 260, 264 ff.

¹⁵⁴ Zur Beschränkung der Religionsfreiheit durch das Kindeswohl siehe BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 303 N 1 und 6; a.M. BRÜCKNER ZSR [1999] 451, 468 f.; zur Begrenzung des Erziehungsrechts BRAUCHLI, Kindeswohl als Maxime des Rechts, S. 126/138 ff.; R. REUSSER, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV Rz 27; s.a. BGE 118 Ia 427, 435.

¹⁵⁵ EBERBACH, FamRZ [1982] 450, 454

¹⁵⁶ KERN, NJW [1994] 753, 756.

§ 10 Heilversuche



I. Begriffliches

In diesem Abschnitt soll die Frage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen gesetzliche Vertreter Heilversuchen zustimmen dürfen. Auch Heilversuche zählen zu den therapeutischen Eingriffen. Vom Heileingriff unterscheiden sie sich durch das Fehlen eines medizinischen Standards. Beim Heilversuch wird der Bereich erhärteter medizinischer Erkenntnis verlassen, um den Patienten mit nicht bewährten Methoden zu therapieren¹⁵⁷. Eine objektive Indikation kann nicht gestellt werden, weil empirisch belegte Eingriffsgrundlagen fehlen. Über die gewöhnlichen Eingriffsrisiken hinaus trägt der Versuchspatient deshalb zusätzlich ein „Indikationsrisiko“¹⁵⁸. Gleichwohl kann auch der Einsatz nicht erprobter Verfahren im gesundheitlichen Interesse des betroffenen Patienten liegen, wie folgendes Beispiel zeigen soll:

¹⁵⁷ So auch HART, MedR [1994] 94, 95: „Der Heilversuch beginnt dort, wo der ärztliche Standard der Behandlung verlassen wird.“

¹⁵⁸ PETER, Forschung, S. 18, spricht von Gruppenrisiko.

Bei **chronisch-myeloischen Leukämien (CML)**¹⁵⁹ von Kindern wird das nach der Strahlen- und Chemotherapie meist zerstörte Immunsystem durch Transplantation von Stammzellen des blutbildenden Systems wieder aufgebaut¹⁶⁰. Diese herkömmlicherweise aus dem Knochenmark oder peripheren Blut eines Spenders gewonnenen Stammzellen eignen sich nur bei Kompatibilität mit dem Empfänger-gewebe¹⁶¹ zur Transplantation und bergen selbst dann ein erhebliches Risiko unter Umständen tödlicher Immunreaktionen¹⁶². Wegen der hohen Verträglichkeitsanforderungen ist die Auswahl an geeigneten Spendern sehr beschränkt, was die Suche nach leichter verträglichen Stammzelltransplantaten nahelegte¹⁶³. So wurde anfangs der Neunzigerjahre erstmals erwogen, an Stelle von Knochenmark das an Stammzellen reiche Nabelschnurblut („Plazenta - Restblut“) zu transplantieren, dessen immunologische Undifferenziertheit erhöhte Verträglichkeit versprach¹⁶⁴. Im Gefolge versuchsweiser Transplantationen von Nabelschnurblutstammzellen konnte gezeigt werden, dass diese die Regeneration des Immunsystems auch bei geringerer Histokompatibilität noch gewährleisten und überdies seltener zu Abstoßungsreaktionen führen¹⁶⁵. Trotz weitgehender Unsicherheiten z.B. hinsichtlich der Übertragung in utero erworbener Infektionen oder nicht erkannter Erbkrankheiten¹⁶⁶ wird die Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut bei Fehlen HLA-kompatibler Kno-

¹⁵⁹ Zu CML im Allgemeinen: www.medicine-worldwide.de/krankheiten/krebs/leukemie.html?page=2#chronische_myeloische_leukaemie_cml [Stand: 20. Februar 2004].

¹⁶⁰ Anschauliches Fallbeispiel zur Transplantation von Knochenmark-Stammzellen zur Leukämie-therapie in: SCHWEIZERISCHER NATIONALFONDS, NATIONALES FORSCHUNGSPROGRAMM 46 - Implantate, Transplantate, Themenheft 2: Stammzellen, S. 11 f.

¹⁶¹ Sog. Human Leucocyte Antigen (HLA)-Kompatibilität, vgl. MICKELSON et al., Hum Immunol [2000] 61 (2) 92 ff.

¹⁶² Sog. Graft versus Host Disease (GvHD) oder „Transplantat gegen Wirt Reaktion“, bei der die transplantierten Zellen spezifisch gegen den Empfänger gerichtete Antikörper bilden und so Immunreaktionen auslösen, welche bis zum vollständigen Lebersversagen führen können. Vgl. GRATWOHL et al., BLOOD [2002] 100 (12): 3877 ff.

¹⁶³ SOMVILLE/BENDER, Frauenarzt [1998] 39 (4) 513. Zur Transplantation von Stammzellen im Allgemeinen vgl. die Botschaft zum Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 44 f.; zur Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut im Speziellen SURBEK/HOLZGREVE, Therapeutische Umschau [2002] 59 (11) 577 ff.

¹⁶⁴ RUBINSTEIN/STEVENS, in: Stem cells from cord blood, S.48. Zur erstmaligen Transplantation von Nabelschnurblut siehe WAGNER/BROXMEYER et al. BLOOD [1992] 79 (7): 1874-1881.

¹⁶⁵ SURBEK/HOLZGREVE, SÄZ [2000] 2285; WAGNER/KERNAN et al., Lancet [1995] 346 (8969): 214-219.

¹⁶⁶ Richtlinien der (dt.) BUNDESÄRZTEKAMMER zur Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut, DÄBl [1999] A-1297.

*chenmarkspender als letzte Therapiemöglichkeit für zulässig erachtet*¹⁶⁷.

Die erstmalige Transplantation von Nabelschnurblut war ein individueller Heilversuch. An Stelle der Standardbehandlung durch Knochenmarktransplantation wurde versucht, das Immunsystem durch Übertragung von Stammzellen aus Nabelschnurblut wieder aufzubauen. Mangels spezifischer Erfahrungen zum therapeutischen Einsatz von Nabelschnurblutstammzellen bei chronisch-myeloischen Leukämien konnte eine Wirksamkeitsprognose und somit ein objektives Indikationsurteil nicht gefällt werden. Die Behandlung hatte experimentellen Charakter. Unter welchen Voraussetzungen dürfen die gesetzlichen Vertreter einem solchen Transplantationsexperiment zustimmen?

II. Gesetzliche Regelung

Die Zulässigkeit von Transplantationsversuchen im Speziellen wird künftig nach Art. 35 des Transplantationsgesetzes zu beurteilen sein¹⁶⁸, welcher die Bestimmungen über klinische Heilmittelversuche (Art. 53 ff. HMG) für „*sinn-gemäss anwendbar*“ erklärt. Allgemeine Vorschriften über Heilversuche mit Einwilligungsunfähigen finden sich auch in Art. 17 Abs. 1 der Biomedizin-Konvention. Diese Bestimmung regelt die sog. **therapeutische Forschung**¹⁶⁹, das heisst Versuchseingriffe mit unmittelbar therapeutischer Zielsetzung. Damit sind primär Versuchsbehandlungen im Rahmen kontrollierter klinischer Therapiestudien gemeint, doch lässt sich Art. 17 Abs. 1 Biomedizin-Konvention auch auf *individuelle* Heilversuche ausserhalb kontrollierter Versuchsreihen anwenden, zumal klinische Therapiestudien nichts anderes sind als Heilversuchsreihen unter kontrollierten Bedingungen¹⁷⁰.

¹⁶⁷ GORDIJN/OLTHUIS, EthikMed [2000] 16, 19.

¹⁶⁸ Vgl. den Entwurf zu einem Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl [2002] 247 ff. Zurzeit ist für klinische Versuche mit Transplantaten noch Art. 23a der Verordnung über die Kontrolle von Transplantaten (SR 818.111.3) massgebend.

¹⁶⁹ Vgl. Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 316; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 381 ff.

¹⁷⁰ Dies gilt vorab für klinische Prüfungen der Phase II und III (HART, MedR [1994] 94, 95); TAUPITZ, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 412 f.; eingehend zu den kontrollierten klinischen Studien unten Fn. 326 ff.

III. Voraussetzungen der Vertreterereinwilligung

Unter Berücksichtigung der genannten Bestimmungen soll in der Folge versucht werden, allgemeingültige Zulässigkeitsvoraussetzungen für Heilversuche mit Einwilligungsunfähigen zu erarbeiten¹⁷¹.

1. Fehlen oder Versagen von Standardtherapien

Als erste Zulässigkeitsvoraussetzung für Heilversuche wird man fordern können, dass keine wirksamen Standardtherapien zur Verfügung stehen. Heilversuche können gegenüber etablierten Therapiemethoden immer nur subsidiär zulässig sein. Dieser allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz lässt sich aus Art. 16 i) der Biomedizin-Konvention ableiten, wonach Versuchseingriffe nur bei Fehlen von „Alternativen von vergleichbarer Wirksamkeit zur Forschung am Menschen“ zulässig sind¹⁷². Einwilligungsunfähige Patienten dürfen unerprobten Therapien nur insoweit unterzogen werden, als der Versuchseingriff bei Versagen oder in Ermangelung erprobter Methoden die letzte Rettungschance darstellt. Beim geschilderten Leukämie-Heilversuch stand mangels HLA-kompatibler Knochenmarkspender keine Standardtherapie zur Verfügung. Der Verzicht auf das Transplantationsexperiment hätte den sicheren Tod bedeutet, der Versuch war insofern die ultima ratio.

2. Wissenschaftlich plausible Nutzenprognose

Ein Abweichen vom medizinischen Standard erscheint zweitens nur bei kalkulierbarem Eingriffsrisiko vertretbar. Sinngemäss wird in Art. 16 ii) der Biomedizin-Konvention verlangt, dass die Risiken nicht in einem Missverhältnis zum erwarteten Nutzen des Versuchseingriffes stehen dürfen¹⁷³. Wirksamkeit und Verträglichkeit der neuen Eingriffsmethode müssen mit anderen Worten wissenschaftlich plausibel sein¹⁷⁴. Im Beispiel zur Leukämietherapie schloss man von der relativen Undifferenziertheit der noch ‚jungen‘ Nabelschnurblutstammzellen auf deren erhöhte immunologische Verträglichkeit¹⁷⁵, was als The-

¹⁷¹ Ein Überblick zur dt. Rechtslage bei G. FISCHER, in: Atypische Neuroleptika, S. 72 f.

¹⁷² Zum Subsidiaritätsgrundsatz vgl. HART, MedR [1994] 94, 100 und die Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 317 f.

¹⁷³ Zu dieser Gegenüberstellung von Gefahren und Chancen vgl. LILIE, in: Forschung am Menschen, S. 6.

¹⁷⁴ HART, MedR [1994] 94, 96.

¹⁷⁵ RUBINSTEIN/STEVENS, in: Stem cells from cord blood, S.48.

se zur Wirksamkeit des Transplantationsexperimentes naturwissenschaftlich nachvollziehbar war. In Anbetracht der Lebensgefährdung des Leukämie-Patienten durfte auch das Risiko einer Übertragung in utero erworbener Infektionen in Kauf genommen werden¹⁷⁶.

Sind diese ersten zwei Voraussetzungen gegeben, ist der konkrete Versuchseingriff also wissenschaftlich plausible ultima ratio, so spricht man auch von **subjektiver Indikation**¹⁷⁷. Mangels Vergleichsparametern lässt sich ein objektives Indikationsurteil wie beim Standardeingriff nicht fällen. Der Begriff subjektive Indikation soll verdeutlichen, dass man die Versuchsmethode im konkreten Einzelfall für Erfolg versprechend hält.

3. ‚Nihil obstat‘ der Ethikkommission

Heikler ist die Frage, ob die Zulässigkeit individueller Heilversuche vom Zustimmungsvotum einer Ethikkommission abhängt. Jede Studie der klinischen Heilmittelforschung muss von unabhängiger Stelle wissenschaftlich begutachtet sowie für ethisch vertretbar befunden werden¹⁷⁸. Ob die Begutachtung *individueller* Heilversuche fakultativ ist, erscheint zumindest für die Schweiz zweifelhaft¹⁷⁹, zumal die Befassungszuständigkeiten von Ethikkommissionen durch die Biomedizin-Konvention auf die medizinische Forschung im Allgemeinen ausgedehnt werden¹⁸⁰. Nach dem Wortlaut der Biomedizin-Konvention wäre somit

¹⁷⁶ Nach den Richtlinien der (dt.) BUNDESÄRZTEKAMMER zur Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut, DÄBl [1999] 96 (19): 1297, 1300 sind die „Schwere (...) der Erkrankung einerseits und der Möglichkeit anderer Therapieverfahren andererseits“ in diese Abwägung einzustellen. Nach DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, N 664, dürfen bei Todesgefahr grosse Versuchsrisiken in Kauf genommen werden.

¹⁷⁷ ESER, in: GS-Schröder, S. 199; HÖFLING/DEMEL, MedR [1999] 540; G. FISCHER, in: Atypische Neuroleptika, S.72, spricht von ‚relativer Indikation‘. Nach anderer Ansicht schliesst der Mangel an wissenschaftlicher Erprobung ein Urteil über Eingriffsrisiken und damit eine Indikationsstellung aus, so PETER, Forschung, S. 50 ff.

¹⁷⁸ Art. 54 Abs. 1 lit. c) und Art. 57 HMG i.V.m. Art. 9 ff. der Verordnung über klinische Versuche mit Heilmitteln (VKlin; SR 812.214.2); Zur ‚Bewertung‘ von Forschungsvorhaben durch Ethikkommissionen vgl. DEUTSCH, in: Forschung am Menschen, S. 33 ff. sowie PAWLOWSKI, ZRPh [2003] 71, 80 ff.

¹⁷⁹ Für Deutschland, das die Biomedizin-Konvention bisher weder unterzeichnet noch ratifiziert hat, soll die Zustimmung einer Ethikkommission zu Heilversuchen nach § 41 AMG ‚möglich, aber nicht notwendig‘ sein (so DEUTSCH, in: Kommentar Arzneimittelgesetz § 40 N 4); vgl. auch HABERMANN/LASCH/GÖDICKE, NJW [2000] 3389, 3391.

¹⁸⁰ Art. 16 (iii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]. I.d.S. die Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 315: „Namentlich wird inskünftig eine zuständige Stelle jedes Forschungsvorhaben billigen müssen.“ Vgl. auch SPRANGER, MedR [2001] 238, 240 und STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 381.

im eingangs geschilderten Beispiel der Therapieversuch mit Nabelschnurblutstammzellen einer Ethikkommission zur Beurteilung vorzulegen¹⁸¹.

4. Eingriffsverweigerung

Sowohl das Heilmittelgesetz als auch die Biomedizin-Konvention enthalten Bestimmungen, nach denen die ‚Weigerung‘ Urteilsunfähiger zur Versuchsteilnahme zu respektieren ist¹⁸². Mit der Anerkennung solcher Vetorechte können bei einwilligungsunfähigen Personen, die zu vernunftgeleitetem Handeln nicht in der Lage sind, die gleichwohl schon oder noch vorhandenen Kommunikationsfähigkeiten berücksichtigt werden¹⁸³. Das Zugestehen von Verweigerungsrechten führt im Ergebnis zur Aufweichung der ‚Alles-oder-Nichts‘-Konzeption bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit¹⁸⁴. Freilich ist die Berücksichtigung eines ablehnenden ‚natürlichen Willens‘ Urteilsunfähiger nicht ohne Widerspruch. Deutlich wird dies in der Forderung von H.-G. LENARD, wonach die Auslegung von Art. 17 Abs. 1 (v) der Biomedizin-Konvention nicht so weit gehen dürfe, *„dass ein altersentsprechend normaler Widerstand eines Kleinkindes gegen eine Untersuchung als ‚Widerspruch des Betroffenen‘ angesehen wird“*^{185,186}.

5. Widerrufsrecht, Formalia

Fraglich ist weiter, welche der übrigen Vorschriften zur medizinischen Forschung auf individuelle Heilversuche übertragbar sind. Ohne Zweifel wird man den gesetzlichen Vertretern ein jederzeitiges Widerrufsrecht für einmal abgege-

¹⁸¹ Dieser Schluss entspricht auch dem (noch) geltenden Recht: Nach Art. 23a Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Transplantaten (Fn. 168) müssen klinische Versuche mit Transplantaten einer Ethikkommission zur Beurteilung vorgelegt werden.

¹⁸² Vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. d) HMG und Art. 17 Abs. 1 (v) der Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

¹⁸³ In Bezug auf einwilligungsunfähige Kinder lassen sich diese Vetorechte als direkte Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107) verstehen, wonach die Meinung eines Kindes entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen ist.

¹⁸⁴ Siehe Einleitung (Fn. 11 passim).

¹⁸⁵ LENARD, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S. 11.

¹⁸⁶ Zum Ganzen ABRAMOVITCH ET AL., in: Ethics in Pediatric Research, S. 11 ff.; AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 14 ff.; KOREN, in: Ethics in Pediatric Research, S. 6 ff.; TAUPITZ, JZ [2003] 109, 112 ff.; aber auch ROTHÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, MedR [1999] 293, 297 f., die im Verweigerungsrecht des Einwilligungsunfähigen einen Beitrag zum Schutze seines Persönlichkeitsrechtes sehen.

bene Einwilligungen einräumen müssen¹⁸⁷. Sie sind anstelle der Urteilsunfähigen über den Versuchseingriff aufzuklären¹⁸⁸. Ebenso wird sich das Formerfordernis, Vertreterereinigungen zu Forschungseingriffen schriftlich festzuhalten, problemlos auf Heilversuche übertragen lassen¹⁸⁹.

6. Einwilligungspflicht?

Wie oben dargelegt, *müssen* die gesetzlichen Vertreter vital indizierten Heileingriffen zustimmen¹⁹⁰. Dies folgt aus ihrer Verpflichtung, stets das Wohl des Vertretenen zu wahren. Kann aber die gesetzlichen Vertreter auch bei Heilversuchen eine Einwilligungspflicht treffen? Während die Zustimmungspflicht zur Entfernung eines akut entzündeten Blinddarms nachvollziehbar ist, wird man die Eltern im erwähnten Leukämie-Beispiel nicht zur Einwilligung in ein Transplantationsexperiment verpflichten wollen. Woran liegt das? Die Verweigerung einer Einwilligung ist den Vertretern nur dann vorwerfbar, wenn der so unterbliebene Eingriff ‚mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit‘ zur Heilung geführt hätte. Dies ergibt sich ohne Weiteres bei Zugrundelegung der allgemeinen Lehren zur Zurechnung von Unterlassungen¹⁹¹. Genau diese Wirksamkeitsprognose lässt sich aber beim Heilversuch nicht mit der notwendigen Sicherheit fällen, weil wissenschaftlich erhärtete Eingriffsstandards fehlen. Ganz im Gegenteil werden Heilversuche immer auch mit dem Ziel der Etablierung neuer Standards vorgenommen¹⁹². So dienen die kontrollierten klinischen Studien bei der Arzneimittelzulassung dem Nachweis der Wirksamkeit und Unbedenklichkeit eines neuen Präparates und somit auch der Etablierung eines neuen Standards. Die Verweigerung der Einwilligung zu einem subjektiv indizierten Heilversuch kann den Vertretern somit nicht ohne Widerspruch zum Vorwurf gemacht werden, weil zur Begründung einer Einwilligungspflicht das thema probandum des Heilversuches, nämlich dessen Therapiewirkung, als erwiesen unterstellt werden müsste.

¹⁸⁷ Art. 17 Abs. 1 (iv) und Art. 6 Abs. 5 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 48.

¹⁸⁸ Art. 55 Abs. 1 lit. b) HMG.

¹⁸⁹ Art. 17 Abs. 1 (iv) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]. Ob das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 54 Abs. 1 lit. a) HMG auf für Vertreterereinigungen nach Art. 55 Abs. 1 lit. b) HMG gilt, bleibt mangels Verweises unklar. Da jedoch Art. 17 Biomedizin-Konvention nicht durch milderer Landesrecht eingeschränkt werden darf (Art. 26 Abs. 2 Biomedizin-Konvention), geht hier das strengere Konventionsrecht vor.

¹⁹⁰ Vgl. Fn. 131 ff.

¹⁹¹ Sog. ‚Hypothetische Kausalität‘, vgl. BSK StGB I-SEELMANN, Art. 1 N 64 f.

¹⁹² HART, MedR [1994] 94, 101.

Die Vertreter dürfen (subjektiv indizierten) Heilversuchen zustimmen, es wäre jedoch verfehlt, hieraus eine Verpflichtung zur Einwilligung abzuleiten. Dieser Schluss von einem *Dürfen* auf ein *Müssen* verbietet sich aus methodischer Sicht¹⁹³. Selbst wenn der Versuchseingriff die letzte, wissenschaftlich plausible Aussicht auf Heilung bietet, muss der Einwilligungsentscheid hier im Ermessen der Vertreter bleiben¹⁹⁴.

IV. Fazit

Im Beispiel zur Leukämietherapie konnte die versuchsweise Übertragung von Stammzellen aus Nabelschnurblut nicht als objektiv indiziert gelten. Das Transplantationsexperiment war dennoch zu verantworten, weil es in Ermangelung einer Standardtherapie die letzte, wissenschaftlich plausible Hoffnung auf Heilung bot. In diesem Fall spricht man wie erwähnt von **subjektiver Indikation**. Ist ein Versuchseingriff in der konkreten Behandlungssituation subjektiv indiziert, so genügt der Einwilligende seinen Verpflichtungen auf das Vertretenenwohl. Doch auch wenn Heilversuche stellvertretend zugelassen werden dürfen, heisst das noch lange nicht, dass sie auch zugelassen werden müssen. Insoweit kommt den gesetzlichen Vertretern ein Interpretationsspielraum¹⁹⁵ hinsichtlich des Vertretenenwohls zu. In Bezug auf Versuchseingriffe lässt sich das bereits erwähnte Diktum von B. R. KERN¹⁹⁶ deshalb umkehren: *„Die Eltern dürfen nur in subjektiv indizierte Heilversuche einwilligen, sie müssen es aber nicht“*.

¹⁹³ Genau dies übersieht das OLG-Köln in seiner Aciclovir-Entscheidung (JR [1991] 460 ff.). In casu wurde der Nichteinsatz des für Herpes-Encephalitis damals noch nicht zugelassenen Zovirax (Aciclovir) als schwerer Kunstfehler qualifiziert. Aus der Möglichkeit nicht zugelassene Medikament ausnahmsweise einzusetzen, wurde unter der Hand eine Pflicht zum Einsatz gemacht (i.d.S. DEUTSCH, VersR [1991] 186, 189; kritisch auch HART, MedR [1994] 94, 97.

¹⁹⁴ Zu diesem Ermessen siehe TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 313 m.H.

¹⁹⁵ BELLING, FuR [1990] 68, 71; COESTER FamRZ [1996] 1181, 1183; FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S.200 ff., der diese Entscheidungskompetenz allerdings zu weitgehend auf die Zulassung nichttherapeutischer Forschung ausdehnen will.

¹⁹⁶ Siehe oben Fn. 156; KERN, NJW [1994] 753, 756.

C. Nichttherapeutische Eingriffe

Bei den bisher besprochenen Heileingriffen und Heilversuchen erfolgt das ärztliche Eingreifen im unmittelbaren Eigeninteresse des behandelten Patienten. Diese therapeutischen Eingriffe zielen auf die Heilung der Patienten oder zumindest die Verbesserung ihres Gesundheitszustandes. Daneben gibt es eine ganze Reihe so genannt nichttherapeutischer Eingriffe. Es sind dies medizinische Interventionen, die nicht im Gesundheitsinteresse der Patienten liegen, sei es, dass sie nicht ihrer *Gesundheit* dienen (Schönheitsoperationen, Genitalverstümmelungen bei Frauen etc.) oder sei es, dass sie nicht *ihrer* Gesundheit dienen (bspw. Blutspenden). Vorliegend soll zuerst der zweite Problemkreis interessieren. Eingriffe also, die nicht im Eigeninteresse des Patienten liegen, sondern eben **dritt- oder fremdnützig** sind¹⁹⁷. Fremdnützige Eingriffe an Einwilligungsunfähigen werden juristisch in zwei Konstellationen erläutert: einmal im Zusammenhang mit medizinischer Grundlagenforschung und sodann bei Organspenden unter Lebenden. In der Folge sollen zuerst der Einbezug Urteilsunfähiger in Forschungsvorhaben und die diesbezüglichen Beschränkungen der Vertretungsbefugnisse abgehandelt werden (§ 11), bevor die Frage erörtert wird, ob Nichteinwilligungsfähige zur Organspende herangezogen werden können (§ 12). Anschliessend folgt eine Betrachtung nichttherapeutischer Eingriffe ohne Drittnutzen. Es sind dies Eingriffe, die aus andern als medizinischen Gründen vorgenommen werden, wie Beschneidungen und Genitalverstümmelungen (§ 13), Sterilisationen (§ 14) und Schwangerschaftsabbrüche (§ 15).

¹⁹⁷ Zu fremdnützigen Eingriffen im Allgemeinen: COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ (CCNE, FRANCE) - Consent for the Benefit of Another Person, Abgedruckt in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 7 [2002] 377 ff.

Eine Übersicht zu den verschiedenen Typen nichttherapeutischer Eingriffe vermittelt die nachfolgende Darstellung:

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe		
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch	
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe	

§ 11 Forschung mit Einwilligungsunfähigen

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

I. Begriffliches

Während bei Heilbehandlung und Heilversuch auch terminologisch noch Therapieinteressen im Zentrum ärztlichen Eingreifens stehen, werden beim Forschungseingriff Erkenntnisinteressen verfolgt. Vereinfacht gesprochen, geht es beim Forschungseingriff um ein *Wissenwollen*, während beim Heileingriff und Heilversuch das *Helpenwollen* im Vordergrund steht¹⁹⁸. Die Verfolgung wissenschaftlicher Erkenntnisinteressen auf Seiten des Arztes ist wenig problematisch, solange auch auf Seiten des Patienten ein Heilerfolg zumindest erwartet werden darf. So war im ‚Leukämie-Beispiel‘¹⁹⁹ die erstmalige Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut zweifellos auch von wissenschaftlicher Neugierde geleitet, doch stand die Therapie schwerer Leukämien im Vordergrund. Bei dieser Kombination von Heil- und Forschungsinteressen spricht man von **therapeutischer Forschung**²⁰⁰. Sie lässt sich wie gesehen nach Heilversuchs-

¹⁹⁸ HELMCHEN/BÖCKLE/ESER, in: Lexikon Medizin Ethik Recht S. 490; vgl. auch HART, MedR [1998] 8, 9.

¹⁹⁹ Vgl. oben Fn. 159 ff

²⁰⁰ Die Grenzen zwischen individuellem Heilversuch und therapeutischer Forschung sind fließend; vgl. TAUPITZ, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 412 ff. und die Darstellung am Kapitelanfang.

kriterien abhandeln und soll hier nicht weiter interessieren. Die folgenden Ausführungen werden sich vielmehr auf die Zulässigkeit von Versuchseingriffen konzentrieren, die für den Betroffenen ohne Gesundheitsnutzen sind. Diese sog. **nichttherapeutische Forschung** ist ungleich heikler, weil hier Menschen in den Dienst der Erkenntniserweiterung gestellt werden, ohne selber einen direkten Nutzen vom Versuchseingriff zu haben. Weit verbreitet sind nichttherapeutische Forschungseingriffe bei klinischen Studien im Verfahren der Arzneimittelzulassung. So wird die allgemeine Verträglichkeit neu entwickelter Medikamente in einer ersten Phase der klinischen Prüfung an (gesunden) Freiwilligen erprobt²⁰¹.

Der fettresorptionshemmende Wirkstoff ‚Orlistat‘ (Markenname: Xenical) wurde in einer frühen Phase der klinischen Prüfung auch an gesunden, nicht fettleibigen Freiwilligen erprobt²⁰². Solche Untersuchungen zur Pharmakokinetik (Verstoffwechslung) und Pharmakodynamik (Wirkungsweise) neuartiger Präparate liegen nicht im gesundheitlichen Eigeninteresse des Probanden²⁰³, sondern sind im Gegenteil mit Risiken und Unannehmlichkeiten (i.c. Fettstuhl, Völlegefühle etc.) verbunden. Als Voraussetzung der Arzneimittelzulassung kommen solche Verträglichkeitstests allenfalls künftigen Patienten in Form neu entwickelter Therapien zu Gute. Sie sind deshalb den dritt- oder fremdnützigen Eingriffen zuzurechnen²⁰⁴.

Die Begriffe ‚nichttherapeutisch‘ sowie ‚dritt- und fremdnützig‘ können in Bezug auf Forschungseingriffe als bedeutungsgleich gelten. Während Ersterer auf die Sicht des Forschungsteilnehmers abstellt, rücken die Begriffe der Dritt- und Fremdnützigkeit die potentiellen Nutzniesser der Forschung ins Zentrum.

II. Gesetzliche Regelung

Art. 55 Abs. 2 des Heilmittelgesetzes regelt ‚Versuche, die für die Versuchspersonen keinen unmittelbaren Nutzen bringen‘ und somit die Zulässigkeit fremd-

²⁰¹ Zu den vier Phasen bei klinischen Prüfungen vgl. DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, N 914 ff.

²⁰² Hierzu: ZHI ET AL., Retrospective population-based analysis of the dose-response ... relationship of orlistat in normal and obese volunteers, Clin Pharmacol Ther [1994] 56 (1) 82 ff.

²⁰³ Vgl. LENARD, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S. 14; weitere Beispiele bei KOREN et al., Clin Pharmacol Ther [2003] 73 (3): 147, 150.

²⁰⁴ HART, MedR [1994] 94, 95.

nütziger *Heilmittelforschung* im Speziellen²⁰⁵. Allgemeine Vorschriften zur fremdnützigen Forschung mit Einwilligungsunfähigen finden sich in Art. 17 Abs. 2 der Biomedizin-Konvention²⁰⁶. Die Bestimmungen zur klinischen Forschung im Heilmittelgesetz wurden in Kenntnis der Konventionsbestimmungen erlassen, weshalb sich die Regelungen weitgehend entsprechen²⁰⁷. Allerdings darf Art. 17 der Biomedizin-Konvention als änderungsfester, internationaler Minimalstandard nach der Ratifikation nicht mehr durch nationales Recht aufgeweicht werden. Strengere Konventionsbestimmungen gehen insoweit vor²⁰⁸.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass die Vorschriften zur klinischen Forschung im deutschen Arzneimittelgesetz (§§ 40 ff. AMG) nicht den schweizerischen Regelungen entsprechen. Während das Arzneimittelgesetz Versuche mit gesunden Probanden (§ 40 AMG) von Heilversuchen an einschlägig erkrankten Patienten (§ 41 AMG) unterscheidet und somit nach *Versuchssubjekt* differenziert, wird in Art. 55 HMG nach *Versuchszweck* unterschieden. In Anlehnung an die Biomedizin-Konvention werden therapeutische von nichttherapeutischen Versuchen abgegrenzt²⁰⁹.

Nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften haben nichttherapeutische Forschungsvorhaben einmal allen Anforderungen zu genügen, die bereits für die therapeutische Forschung gelten²¹⁰. Forschungseingriffe an Einwilligungsunfähigen,

²⁰⁵ Der Heilmittelbegriff im HMG erfasst sowohl Arzneimittel als auch Medizinprodukte (Art. 2 Abs. 1 lit. a) und Art. 4 Abs. 1 lit. a) und b) HMG). Im Gegensatz zum deutschen Recht, das hierfür je separate Spezialgesetze (AMG und MPG) kennt. Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Heilmittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) [nachfolgend: *Botschaft-Heilmittelgesetz*]; BBl [1999] 3453, 3484 ff.; www.bag.admin.ch/heilmittelgesetz/d/botschaft%20hmg_d.pdf [Stand: 20. Februar 2004]; BRATSCHI/EGGENBERGER STÖCKLI, Bundesgesetz über Arzneimittel, S. 7.

²⁰⁶ Vgl. auch Art. 15 ff. des Entwurfs zu einem Zusatzprotokoll über die biomedizinische Forschung: COUNCIL OF EUROPE - STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), Draft additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research (Version vom 23. August 2003), [www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF\(2003\)6eREV.pdf](http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF(2003)6eREV.pdf) [Stand: 20. Februar 2004]. Entwurf in der Version vom 18. Juli 2001 abgedruckt in: TAUPITZ, biomedizinische Forschung, S. 197 ff., Art. 18 ff.

²⁰⁷ Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3537 / 3588 und Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 279 f.

²⁰⁸ Art. 26 Abs. 2 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 392.

²⁰⁹ Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3534 f.; BRATSCHI/EGGENBERGER STÖCKLI, Bundesgesetz über Arzneimittel, S. 20; zur deutschen Rechtslage DEUTSCH, in: Kommentar Arzneimittelgesetz, §§ 40 f. und TAUPITZ, JZ [2003] 109, 111.

²¹⁰ So verweist Art. 17 Abs. 2 Ingress auf Abs. 1 (therapeutische Forschung mit Einwilligungsunfähigen), welcher seinerseits auf die allgemeinen Schutzbestimmungen bei Forschungsvorha-

unfähigen sind demnach zulässig, sofern die angestrebten Forschungsergebnisse weder im Tierversuch noch mit Versuchen an Urteilsfähigen erreichbar sind²¹¹, das Forschungsvorhaben von unabhängiger Stelle wissenschaftlich begutachtet sowie für ethisch vertretbar befunden wurde²¹², die vom Gesetz bestimmten Vertreter nach hinreichender Aufklärung schriftlich²¹³ eingewilligt haben und der Betroffene selbst nicht ablehnt²¹⁴. Überdies kann für Versuche mit Einwilligungsunfähigen eine Bewilligungspflicht eingeführt werden²¹⁵, wovon der Bundesrat bisher jedoch abgesehen hat.

Nebst diesen allgemeinen Anforderungen an Forschung mit Einwilligungsunfähigen sind bei nichttherapeutischen Versuchen folgende zusätzlichen Einschränkungen zu beachten: Erstens sind nur risikoarme und minimal belastende Forschungseingriffe zulässig, deren erwartete Ergebnisse zweitens entweder den betroffenen Einwilligungsunfähigen mittelbar nützen oder aber Gleichaltrigen oder Personen mit derselben Krankheit helfen²¹⁶. Mit dieser zweiten Voraussetzung wird klargestellt, dass zwischen der beforschten Krankheit und der Einwilligungsunfähigkeit ein direkter Zusammenhang bestehen muss²¹⁷. Dies ist lediglich eine Verdeutlichung des allgemein geltenden Subsidiaritätsgrundsatzes²¹⁸ in der Urteilsunfähigkeitsforschung:

*So müssen Studien zur **Kalzium- und Phosphorsubstitution** bei Frühgeborenen mit Tendenz zu Rachitis wegen des altersbedingt spe-*

ben verweist (Art. 16 i) - iv) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]). Desgleichen wird in Art. 55 Abs. 2 HMG auf Abs. 1 verwiesen und Art. 54 HMG stellt allgemeine Voraussetzungen für klinische Versuche auf.

²¹¹ Diese Subsidiaritätserfordernisse ergeben sich aus Art. 17 Abs. 1 (i) i.V.m. Art. 16 (i) und aus Art. 17 Abs. 1 (iii) der Biomedizin-Konvention [Fn. 11]. Die Nachrangigkeit der Urteilsunfähigkeitsforschung ergibt sich aus Art. 55 Abs. 1 lit. a) HMG während ein Verweis auf die Vorrangigkeit von Tierversuchen im HMG fehlt.

²¹² Art. 17 Abs. 1 (i) i.V.m. Art. 16 (iii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; vgl. im Übrigen Fn. 178. Klinische Versuche unterstehen einer allgemeinen *Meldepflicht* an das Schweizerische Heilmittelinstitut (Art. 54 Abs. 3 HMG; Art. 13 ff. VKlin).

²¹³ Art. 17 Abs. 1 (iv) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]. Zur Schriftlichkeit der Vertreter-einwilligung vgl. Fn. 189 oben.

²¹⁴ Zur Berücksichtigung von ‚Willensäusserungen‘ Urteilsunfähiger vgl. Fn. 186.

²¹⁵ Art. 54 Abs. 5 HMG.

²¹⁶ Vgl. Art. 17 Abs. 2 Biomedizin-Konvention [Fn. 11] und den nahezu identischen Art. 55 Abs. 2 HMG. Zu den Voraussetzungen drittnütziger Forschung gemäss Biomedizin-Konvention auch TAUPITZ, JZ [2003] 109, 112.

²¹⁷ FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S. 149.

²¹⁸ Vgl. TAUPITZ, JZ [2003] 109, 112.

zifischen Knochenstoffwechsels zwingend an Frühgeborenen vorgenommen werden^{219, 220}.

Zusammenfassend kann nach den Bestimmungen des Heilmittelgesetzes und der Biomedizin-Konvention der Einbezug Urteilsunfähiger in fremdnützige Forschungsvorhaben durch die gesetzlichen Vertreter zugelassen werden. Dies wirft freilich Fragen nach der Vereinbarkeit mit den bisher entwickelten Schranken der Vertretungsbefugnisse auf.

III. Fremdnützige Forschung und Betroffenenwohl?

Oben wurde gezeigt, dass Heileingriffe und Heilversuche insoweit stellvertretend erlaubt werden dürfen, als sie objektiv oder subjektiv indiziert sind. Fremdnützige Forschung ist in Begriffen medizinischer Indikation nicht fassbar. Sie dient nicht der Heilung des Betroffenen sondern allenfalls künftigen Patienten sowie wissenschaftlichen Erkenntnisinteressen. Nach den vorläufigen Feststellungen müssten fremdnützige Eingriffe der Vertreterereinstimmung deshalb entzogen bleiben. Wer Eingriffe ohne unmittelbaren Gesundheitsnutzen zulässt, überschreitet seine an das Wohl des Betroffenen gebundene Vertretungsmacht²²¹. Eine Vertreterereinstimmung erscheint somit im Lichte der Kinds- und Mündelwohlmaxime ausgeschlossen, gleichwohl wird sie durch Art. 55 Abs. 2 des Heilmittelgesetzes zugelassen.

Vordergründig liesse sich der Widerspruch zwischen der zivilrechtlichen Verpflichtung auf das Kinds- und Mündelwohl und der weitgehenden Zulassung nichttherapeutischer Forschung durch das Heilmittelgesetz nach den herkömmlichen Regeln der Normenhierarchie auflösen: Während die allgemeineren Vorschriften des Kinds- und Vormundschaftsrechts nur Einwilligungen zum unmittelbaren Wohl der Vertretenen zulassen, macht das Heilmittelgesetz im Falle nichttherapeutischer Forschung davon eine Ausnahme im Sinne einer *lex specialis* und *posterior*. Art. 55 Abs. 2 HMG wäre dann als spezialgesetzliche Ausnahme zur Kinds- und Mündelwohlmaxime des ZGB zu lesen. Im Allgemeinen

²¹⁹ Zu diesen Störungen des Kalzium- und Knochenstoffwechsels in der Neugeborenenperiode siehe KRUSE, in: Pädiatrische Endokrinologie, S. 155 ff. und LENARD, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S. 13 f.

²²⁰ Weitere Beispiele alters- und entwicklungsbedingter Unterschiede, die spezifische Forschung an Kindern notwendig machen bei KLEIST, SÄZ [2001] 2221, 2222 f.

²²¹ BGE 114 Ia 350, 363; FREUND MedR [2001] 65, 69 f.; KERN, NJW [1994] 753, 756; a.A. FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S. 203 f.; WOLFSLAST, KritV [1998] 74, 82.

dürften somit nur medizinisch indizierte Eingriffe stellvertretend erlaubt werden, in gesetzlich genau festgelegten Ausnahmefällen notwendiger Forschung jedoch auch geringfügige Beeinträchtigungen des gesundheitlichen Wohls im Interesse Dritter.

Der Hinweis auf den spezialgesetzlichen Vorrang des Heilmittelgesetzes greift für urteilsunfähige *Kinder und Jugendliche* nur schon deshalb zu kurz, weil deren Schutzanspruch in Art. 11 Abs. 1 BV auch verfassungsrechtlich verbürgt ist²²². Es ist dem Gesetzgeber deshalb verwehrt, die Kindwohlmaxime ausser Kraft zu setzen. Wie in der Folge zu zeigen sein wird, ist rein drittnützige Forschung unter grundrechtlichen Gesichtspunkten ganz allgemein problematisch. Dies wurde vom Bundesgesetzgeber - trotz schon damals heftiger diesbezüglicher Debatten in Deutschland²²³ - übersehen²²⁴. Vielmehr ist man davon ausgegangen, dass die Vorschriften zur klinischen Forschung im Heilmittelgesetz „*höchsten Anforderungen ... auf internationalem Niveau*“ genügen²²⁵. Wer nichttherapeutische Forschung an Einwilligungsunfähigen zulassen will, steht in der Pflicht, die Dispensation der Vertreter von ihren Sorgeverpflichtungen und damit die Verfassungsmässigkeit derartiger Forschung zu begründen²²⁶. Die Regelung zur Forschung an Einwilligungsunfähigen soll deshalb auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben überprüft werden.

IV. Verfassungsmässigkeit

Aus grundrechtlicher Sicht problematisch ist rein fremdnützige Forschung, weil hier Menschen in den Dienst der Erkenntniserweiterung gestellt werden, ohne davon einen gesundheitlichen Eigennutzen zu haben. Einsichtsfähige Erwachsene können sich in eigenverantwortlicher Entscheidung für solche Grundlagen-

²²² R. REUSSER/K. LÜSCHER, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV Rz 8 ff.

²²³ Vgl. etwa GLAUBEN, DRiZ [1997] 89 ff und DRiZ [1996] 388; LAMMERSMANN, Recht&Psychiatrie [1999] 157, 161 ff sowie MAY, Autonomie und Fremdbestimmung, S. 126 ff.

²²⁴ Ein Blick in die parlamentarischen Beratungsprotokolle (Amtl. Bull. NR [2000] 164 ff und Amtl. Bull. SR [2000] 613 f.) bestätigt diese Einschätzung.

²²⁵ So die Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3534.

²²⁶ In der Botschaft [Fn. 205] wurde die Verfassungsmässigkeit des Heilmittelgesetzes nur hinsichtlich der Rechtssetzungszuständigkeit des Bundes und nicht in Bezug auf dessen Grundrechtskonformität thematisiert; vgl. BBl [1999] 3453, 3590 ff. Zu Grundrechtsfragen im Heilmittelgesetz RICHLI, AJP [2002] 340, 352 ff.

forschung freiwillig zur Verfügung stellen²²⁷. Einwilligungsunfähige hingegen werden von ihren Vertretern für die Forschung zur Verfügung gestellt. Unterzieht man urteilsunfähige Probanden Versuchseingriffen, von denen allenfalls Dritte, nicht aber sie selbst profitieren, so macht man sie zum blossen Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntniserweiterung und zum Objekt für Therapiezwecke Dritter²²⁸. Das Verbot, jemanden für Zwecke Dritter zu instrumentalisieren, wird gemeinhin als Bestandteil der Menschenwürdegarantie thematisiert und lässt sich auf einen Passus in IMMANUEL KANTS ‚Metaphysik der Sitten‘ zurückführen: *„... denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von anderen noch gar von sich selbst) bloss als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden und darin besteht eben seine Würde ...“*²²⁹. Diese Vorstellung der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen umschreibt K. BRAUN wie folgt: *„Kant unterscheidet zwischen ‚Würde‘ und ‚Wert‘. Wert-Haben meint, einen Wert für jemanden zu haben. Werte sind relativ, sie werden gesetzt und gegen andere Werte abgewogen. Würde haben bedeutet demgegenüber, ein Wert oder ein Zweck an sich zu sein.“*²³⁰ Die verfassungsrechtliche Rezeption des kantischen Gedankens von der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen wurde von G. DÜRIG geprägt: *„Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird.“*²³¹ Diese so genannte ‚Objektformel‘ hat in der Folge in die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes²³² und des schweizerischen Bundesgerichtes²³³ Eingang gefunden²³⁴. Das daraus abgeleitete Instrumentalisierungsverbot gilt als selbstständige, individualrechtliche Mindestverbürgung der Würdegarantie von Art. 7 BV²³⁵. Für die weitere Diskussion lassen sich aus dem Gesagten zwei

²²⁷ Vgl. die Studie zur Verträglichkeit von Fettresorptionshemmern an Freiwilligen oben Fn. 202. Zu den Grenzen selbstbestimmter Preisgabe der Körperintegrität vgl. WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 137 ff.

²²⁸ Eingehend BRAUN, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 87 ff.; SEELMANN, in: FS-Schreiber, S. 862 ff.

²²⁹ KANT, Metaphysik der Sitten (Weischedel Werkausgabe¹¹), S. 600; hierzu AUGUSTIN, ZSR [2001] 163, 165 f. m.w.H.

²³⁰ BRAUN, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 83.

²³¹ DÜRIG, AöR 81 [1957] 117, 127.

²³² Vgl. etwa BVerfGE 87, 209 (228).

²³³ Vgl. nur BGE 119 Ia 460, 499 ff. und BGE 127 I 6, 13 f.

²³⁴ Die Tauglichkeit der Objektformel wurde aber neuerdings gerade in der bioethischen Debatte auch in Zweifel gezogen; vgl. HILGENDORF, in: JRE 7 [1999] 137, 141 ff., der mit dem Anspruch auf Achtung des ‚individuellen Eigenwertes‘ des Menschen einen weiteren Bestandteil der kantischen Würdekonzeption ins Zentrum rückt.

²³⁵ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV, Rz 14 ff./29 ff./43 ff.; DERS., in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 14 N 21 / 29 ff.; J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 1 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 34 ff.; SCHLAURI, in: Neue Akzente, S. 83 ff.

vorläufige Erkenntnisse gewinnen: Die Inanspruchnahme Einwilligungsunfähiger für Therapiezwecke Dritter lässt sich erstens mit dem Achtungsanspruch von Art. 7 BV schwerlich in Einklang bringen²³⁶. Aus dem der Objektformel zugrunde liegenden Autonomieverständnis folgt zweitens, dass alleine die freie und selbstbestimmte Zustimmung der Probanden den Instrumentalisierungsunwert aufwiegen könnte, nicht aber eine fremdbestimmte Vertreterentscheidung²³⁷.

Im Gegensatz zum schweizerischen Gesetzgeber hatte man die Instrumentalisierungsproblematik bei Ausarbeitung der Biomedizin-Konvention durchaus vor Augen²³⁸. Die Vorbehalte gegenüber der Zulassung nichttherapeutischer Forschung an Einwilligungsunfähigen (Art. 17 Abs. 2) sind mitunter Grund dafür, dass Deutschland die Konvention bisher weder unterzeichnet noch ratifiziert hat²³⁹, während der schweizerische Gesetzgeber genau diese Konventionsbestimmung unbesehen ins Heilmittelgesetz übernommen hat²⁴⁰. Die Schweiz vollzieht damit schon im vornherein nur den Mindeststandard, auf den sie sich mit Ratifikation der Biomedizin-Konvention völkerrechtlich verpflichten wird.

Den verfassungsrechtlichen Bedenken zum Trotz wird die rein drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen in der Schweiz durch das Heilmittelgesetz zugelassen. In der Folge sollen deshalb die verschiedenen gängigerweise zugunsten der Forschung mit Einwilligungsunfähigen vorgebrachten Argumente im Einzelnen untersucht werden. Die unterschiedlichen Befürworterargumente lassen sich in drei Gruppen unterteilen. Als erstes sollen ‚nutzenbezogene‘ Rechtfertigungsstrategien vorgestellt werden (V.). Hierbei geht es um Argumente, bei denen nichttherapeutische Forschungseingriffe über ihre mittelbaren Vorteile sowie die Geringfügigkeit ihrer Nachteile gerechtfertigt werden sollen. Sodann wird auf so genannt ‚autonomiebezogene‘ Forschungsrechtfertigungen eingegangen (VI.). Dabei werden die Probleme im Zusammenhang mit ‚Forschungsverfügungen‘ erörtert. Zuletzt wird unter dem Titel ‚Notwendigkeit der Forschung‘ untersucht, ob die Unverzichtbarkeit kontrollierter Versuchsreihen

²³⁶ HÖFLING/DEMEL, MedR [1999] 540, 545 f.; SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 580 ff.; SPRANGER, MedR [2001] 238, 241 ff.; anders mit eingehender Begründung: J. FISCHER, SÄZ [1999] 1110 ff.; MAIO, ZEE [2001] 135, 144 ff.; TAUPITZ, JZ [2003] 109, 116 ff.

²³⁷ JONAS, Technik, Medizin und Ethik, S. 111.

²³⁸ Zur Entstehungsgeschichte der Konvention eingehend DEGENER, KritV [1998] 7 ff.; DOPPELFELDER, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 15 ff.; KAMP, Bioethik-Konvention, S. 3 ff. und 14 ff.

²³⁹ SPRANGER, MedR [2001] 238.

²⁴⁰ Vgl. die beinahe identischen Art. 17 Abs. 2 Biomedizin-Konvention [Fn. 11] und Art. 55 Abs. 2 HMG.

in der Heilmittelforschung taugliche Argumente für die Zulassung nichttherapeutischer Forschung liefert (VII.).

V. Nutzenbezogene Rechtfertigung der Forschung

Das Heilmittelgesetz und die Biomedizin-Konvention enthalten wie gesehen detaillierte Zulässigkeitsvoraussetzungen für nichttherapeutische Forschungseingriffe. Aus diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen lassen sich gleichzeitig die drei gängigsten Argumente herauslesen, mit denen rein fremdnützige Forschung gemeinhin legitimiert und der Instrumentalisierungsvorwurf entkräftet werden soll. Es handelt sich hierbei durchwegs um Befürworterpositionen, die einen wie auch immer gearteten Nutzen der Forschung hervorheben. Diese ‚nutzenbezogenen‘ Rechtfertigungen werden in der Folge einzeln besprochen: Das erste Argument verweist auf das langfristige Nutzenpotential nichttherapeutischer Forschung (1.). An zweiter Stelle wird der Wert altruistischer Aufopferung und damit der Nutzen für Dritte hervorgehoben (2.), während das letzte ein Verharmlosungsargument ist (3.).²⁴¹

1. Mittelbarer Nutzen fremdnütziger Forschung

Art. 55 Abs. 2 HMG erlaubt klinische Versuche an Urteilsunfähigen, die keinen unmittelbaren Nutzen bringen, wenn die „*Versuche ... Erkenntnisse erwarten lassen, die den betroffenen Versuchspersonen langfristig einen Nutzen bringen*“. Eine erste Rechtfertigungsstrategie stellt somit auf den mittelbaren Eingriffsnutzen ab. Die Aussicht auf künftig verfügbare Therapien soll das Fehlen von Gesundheitsnutzen zum Zeitpunkt des Forschungseingriffes aufwiegen²⁴².

Dieses Argument ist raffiniert, weil es die Kernaussage des Instrumentalisierungseinwandes in Frage stellt. Mit dem Verweis auf einen mittelbaren Gesundheitsnutzen wird nämlich die Würdeverletzung an sich bestritten. In seiner Menschenwürde wird lediglich verletzt, wer Forschungseingriffen *ohne jeglichen* Gesundheitsnutzen ausgeliefert wird - instrumentalisiert im Sinne von Art. 7 BV wird nur, wer zum *bloßen, alleinigen* Mittel für die Forschung ge-

²⁴¹ Eine Zusammenstellung von Argumenten für und gegen nichttherapeutische Forschung mit Kindern findet sich bei KOREN et al., Clin Pharmacol Ther [2003] 73 (3): 147, 148 f.

²⁴² KOREN et al., Clin Pharmacol Ther [2003] 73 (3): 147, 149; TAUPITZ/FRÖHLICH, VersR [1997] 911, 914.

macht wird²⁴³. Genau an dieser absoluten Verdinglichung fehle es, wenn der Betroffene künftiger Nutzniesser seiner eigenen Forschungsteilnahme ist.

Auch wenn - vereinfacht ausgedrückt - die Instrumentalisierung (erst) dort beginnt, wo der Eigennutzen endet²⁴⁴, so wird hier doch Potentielles und Gegenwärtiges auf unzulässige Weise vermengt. Die vage Aussicht auf künftig verfügbare Therapiemöglichkeiten ändert nichts an der gegenwärtigen Uneigennützigkeit nichttherapeutischer Forschung²⁴⁵. Jede Forschung hat das Potential, künftige Therapiemöglichkeiten zu befördern²⁴⁶. Es gilt zu verhindern, dass über das unscharfe Kriterium eines mittelbaren Eingriffsnutzens gegenwärtig rein drittnützige Eingriffe unter der Hand zu therapeutischen Versuchen erklärt werden. Eine im Vordringen begriffene Lehre fordert deshalb, für die Unterscheidung zwischen therapeutischer und nichttherapeutischer Forschung nicht länger auf den Eingriffsnutzen sondern auf die **subjektive Indikation** der Versuche abzustellen²⁴⁷. Von subjektiver Indikation ist die Rede bei Versuchseingriffen, die bei Fehlen oder Versagen der (objektiv indizierten) Standardtherapie die letzte wissenschaftlich plausible Hoffnung auf Heilung versprechen²⁴⁸. Unabhängig von künftigen Therapiemöglichkeiten macht das Indikationskriterium klar, dass bspw. reine Verträglichkeitstests niemals angezeigt sein können. So ist - um auf das ‚Orlistat-Beispiel‘²⁴⁹ zurückzukommen - die Erprobung von Fettresorptionshemmern an gesunden Freiwilligen weder objektiv noch subjektiv indiziert, selbst wenn die Probanden bei künftiger Fettleibigkeit einmal auf diesen Wirkstoff zurückgreifen könnten. Zusammenfassend liefert deshalb die vage Perspektive, künftig von Forschungsergebnissen zu profitieren, an deren Erhebung der Einwilligungsunfähige als Proband beteiligt war, kein überzeugendes Argument zugunsten rein drittnütziger Urteilsunfähigkeitsforschung.

²⁴³ BIRNBACHER, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 254 ff.; WOLFSLAST, KritV [1998] 74, 84.

²⁴⁴ BRAUN, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 89.

²⁴⁵ So weisen DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, N 652 darauf hin, dass für die Abgrenzung therapeutischer von ‚rein wissenschaftlichen‘ Versuchen eine „*Momentaufnahme vom Zeitpunkt der Behandlung*“ massgeblich sei.

²⁴⁶ SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 578.; ähnlich: HOLDEREGGER-Menschenrechte und Biomedizin, S. 7 f.

²⁴⁷ HÖFLING/DEMEL, MedR [1999] 540 f.; SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 577 f.; siehe auch MAY, Autonomie und Fremdbestimmung, S. 126. Zu Bestrebungen die Differenzierung zwischen therapeutischer und nichttherapeutischer Forschung aufzugeben vgl. STAAK, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle, S. 273 ff.; VOLLMANN, EthikMed [2000] 65 ff. und WILDHABER, SÄZ [1999] 2585, 2586 ff.

²⁴⁸ Hierzu eingehend oben Fn. 177.

²⁴⁹ Vgl. Fn. 202.

2. Nutzen für Alters- und Leidensgenossen

Es geht immer noch um die Frage, ob die einzelnen in der Biomedizin-Konvention und im Heilmittelgesetz aufgestellten Einschränkungen, hinreichende Argumente für die Zulässigkeit nichttherapeutischer Versuche abgeben. Wie eben dargelegt, vermag ein mittelfristiger Forschungsnutzen die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht auszuräumen. Ein weiteres Befürworterargument zugunsten rein drittnütziger Forschung ist in Art. 55 Abs. II lit. a) HMG verborgen: danach sind nichttherapeutische Forschungseingriffe zugelassen, sofern sie „*anderen Personen derselben Altersklasse oder Personen, die an der gleichen Krankheit leiden ... einen Nutzen bringen*“²⁵⁰. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Forschung mit ‚gruppenspezifischem Nutzen‘²⁵¹. Der Ausdruck ‚Gruppennutzen‘ weckt bereits sprachlich Assoziationen zu therapeutischen, weil stets ‚nützlichen‘ Eingriffen. Dennoch geht es hier um die Legitimation ausschliesslich fremdnütziger Versuche²⁵². Der ‚Gruppennutzen‘ wird ja einzig deshalb hervorgehoben, weil ein Eigennutzen fehlt. Bei genauer Lektüre ergibt sich diese reine Fremdnützigkeit aus dem Bindewort ‚oder‘ im Konventionswortlaut, wonach die Forschung am Urteilsunfähigen zu Ergebnissen beizutragen habe, „*die der betroffenen Person selbst **oder** anderen Personen nützen können*“²⁵³.

Drittnützige Forschung soll also zweitens genau darum gerechtfertigt sein, weil sie Dritten nützt. Der Gedanke der Solidarität des Nichteinwilligungsfähigen mit seinen Alters- und Leidensgenossen soll die Rechtfertigung tragen. Dies wird damit begründet, dass auch der Urteilsunfähige als Mensch in eine Gemeinschaft eingebunden sei, die dem Einzelnen nicht nur Rechte einräume, sondern ihn auch der Gemeinschaft gegenüber verpflichte²⁵⁴. Mithin gehe der Instrumentalisierungsvorwurf von einem zu individualistischen Grundrechtsverständnis aus. Auch die höchststrichterliche Rechtsprechung habe die Gemeinschafts-

²⁵⁰ Vgl. den praktisch identischen Art. 17 Abs. 2 (i) Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

²⁵¹ So TAUPITZ/FRÖHLICH, VersR [1997] 911, 914 f.

²⁵² In seltener Deutlichkeit hebt dies FREUD, MedR [2001] 65, 69, hervor.

²⁵³ Art. 17 Abs. 2 i) zweiter Halbsatz Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; HOLDEREGGER, Menschenrechte und Biomedizin, S. 7 f.

²⁵⁴ In diesem Zusammenhang wird gar auf den ‚*edukativen Wert*‘ altruistischer Forschungsteilnahme verwiesen; so EBERBACH, FamRZ [1982] 450, 455 und KOREN et al., Clin Pharmacol Ther [2003] 73 (3): 147, 149.

bezogenheit des Individuums wiederholt hervorgehoben²⁵⁵. Diese Argumentation erkennt zweierlei:

- Erstens lässt sich Solidarität nicht qua Gruppenzugehörigkeit verordnen, sondern setzt Freiwilligkeit voraus. Eine Einsicht übrigens, die für Urteilsfähige vollkommen unbestritten ist. Für Urteilsfähige fordert niemand ernstlich eine Teilnahmepflicht an Forschungsvorhaben, die Personen gleichen Alters oder mit gleichem Leiden zu Gute kommen²⁵⁶. Warum ausgerechnet Urteilsunfähigen diese Gruppensolidarität soll unterstellt werden können, ist nicht ersichtlich²⁵⁷.
- Zweitens auferlegt die Gemeinschaftseingebundenheit dem Einzelnen allenfalls in der Ausübung seiner grundrechtlichen Freiheiten gewisse Rücksichtspflichten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat denn das Bild des gemeinschaftsbezogenen Menschen auch nur zur Begründung der Beschränkung von Handlungsfreiheiten bemüht²⁵⁸. Mit der Sozialpflichtigkeit lassen sich Pflichten zur Duldung von Grundrechtseinschränkungen, nicht aber Pflichten zur positiven Zuwendung durch Aufopferung von Grundrechtsgütern begründen²⁵⁹. Niemand kann deshalb unter Berufung auf das genannte Menschenbild verpflichtet werden, seine Körperintegrität zustimmungslos in den Dienst eben dieser Gemeinschaft zu stellen. Dem lässt sich auch nicht die allgemeine Wehrdienstpflicht (Art. 59 Abs. 1 BV) entgegenhalten²⁶⁰. Der potentielle Soldat kann sich nämlich im Gegensatz zum einwilligungsunfähigen Probanden seiner Gemeinschaftspflicht immer noch durch Dienstverweigerung entziehen²⁶¹. Zusammenfassend können unter Hinweis auf die Gemeinschaftsverpflichtung des Einzelnen zwar Handlungsfreiheiten eingeschränkt, nicht aber Zuwendungspflichten begründet werden.

²⁵⁵ Vgl. bspw. BGE 119 Ia 390, 399 f. zur „Sozialpflichtigkeit“ privaten Eigentums zugunsten der Gemeinschaft. I.d.S. argumentieren: RADAU/LOSCH, ARSP [2000] 423, 430 f.; TAUPITZ/FRÖHLICH, VersR [1997] 911, 914 mit Hinweis auf BVerfGE 4, 7 (15 f.); 7, 320 (323); 8, 274 (329); weiter WOLFLAST, KritV [1998] 74, 84 f.

²⁵⁶ DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, N 650.

²⁵⁷ Ebenso JÜRGENS, KritV [1998] 34, 51; MAY, Autonomie und Fremdbestimmung, S. 132 f.; TOLMEIN, KritV [1998] 52, 69 f.

²⁵⁸ So wurde in BGE 119 Ia 390, 399 f., die Handlungsfreiheit der Eigentümer zugunsten der Gemeinschaft eingeschränkt; vgl. im Übrigen die zitierten Entscheide (Fn. 255).

²⁵⁹ Vgl. HÖFLING/DEMEL, MedR [1999] 540, 545, die zu Recht darauf hinweisen, dass der „*Menschenwürdegarantie keine gesellschaftsnützliche Pflichtendimension implantiert werden kann*“.

²⁶⁰ So aber RADAU/LOSCH, ARSP [2000] 423, 430 und TAUPITZ, JZ [2003] 109, 116 f.

²⁶¹ Ebenso WUNDER, JZ [2001] 344 f.

Dass die Forschungsteilnahme, wenn schon nicht dem Betroffenen selbst, so doch zumindest Personen gleichen Alters und mit ähnlichen Gebrechen nützt und deshalb zulässig sein soll, mag als Argument zwar plausibel klingen, doch wird damit die gesamte Diskussion auf den Kopf gestellt: Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen lässt sich nicht damit rechtfertigen, *dass* sie Dritten nützt, sondern ist genau darum umstritten, *weil* sie nur Dritten nützt.

3. Harmlosigkeit des fremdnützigen Forschungseingriffes

Es geht nach wie vor um die Frage, ob die in den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art. 55 Abs. 2 HMG und Art. 17 Abs. 2 Biomedizin-Konvention enthaltenen Befürworterpositionen überzeugende Argumente zugunsten nichttherapeutischer Urteilsunfähigensforschung liefern. Wie dargelegt, vermögen weder ein potentiell künftiger Forschungsnutzen, noch eine vermeintliche Solidaritätspflicht Urteilsunfähiger, die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber rein drittnützigen Versuchen zu zerstreuen. Medizinische Versuche ohne unmittelbaren Nutzen sind drittens nur bei minimalem Risiko und minimaler Belastung der Teilnehmer zulässig²⁶². Diese nach der englischen Originalfassung so benannte **„minimal risk and burden“**-Klausel ist als Vermittlungsversuch der Befürworter zu verstehen: Zwar schaffe Art. 17 Abs. 2 der Biomedizin-Konvention die Möglichkeit, Einwilligungsunfähige für reine Forschungszwecke zur Verfügung zu stellen, doch soll diese Inanspruchnahme angesichts ihres Bagatelldcharakters nicht den Grad einer Entwürdigung erreichen²⁶³. Mit der Erforschung von Kinder- und Demenzkrankheiten würden Ziele von einer Hochrangigkeit verfolgt, die geringfügige physische Beeinträchtigungen zumutbar erscheinen liessen. Der Instrumentalisierungsvorwurf soll also mit Verweis auf die Harmlosigkeit des Eingriffes und auf überwiegende Gemeininteressen entkräftet werden²⁶⁴.

Solchen Relativierungsversuchen ist bereits in ihren Prämissen deutlich zu widersprechen. So wurde empirisch nachgewiesen, dass Kinder selbst objektiv harmlose Eingriffe wie Venenpunktionen zur Blutentnahme nicht als minimal

²⁶² Art. 17 Abs. 2 ii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11] und Art. 55 II b) HMG.

²⁶³ So insbesondere BIRNBACHER, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 257 ff.: „*Im Allgemeinen gelten nicht-freiwillige Indienstnahmen nur dann als menschenwürdewidrig, wenn sie einen Menschen erheblich schädigen.*“

²⁶⁴ In diesem Sinne argumentieren bspw. HELMCHEN, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 99 und WOLFSLAST, KritV [1998] 74, 84 f.; ablehnend HÖFLING, KritV [1998] 99, 108 f.

belastend empfinden²⁶⁵. Darüber hinaus ist die Beschränkung auf ‚minimale Risiken und Belastungen‘ in ihrer Pauschalität viel zu unbestimmt, um ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen noch erlaubter und bereits verbotener Forschung zu sein²⁶⁶. Augenscheinlich werden die Gefahren solch unbestimmter Rechtsbegriffe, wenn der Bundesrat in seiner Botschaft zur Biomedizin-Konvention vermeintlich präzisierend beifügt, „*dass unter geringfügigen Risiken solche zu verstehen sind, die eine vernünftige Person im täglichen Leben und im Rahmen von üblichen klinischen und Laboruntersuchungen für sich oder für diejenigen Personen, für welche sie verantwortlich ist, einzugehen bereit ist*“²⁶⁷.

Auch in ihrer grundrechtlichen Interpretation des Würdebegriffes ist diese Verharmlosungsargumentation unhaltbar: Im Gegensatz zu anderen Freiheitsrechten kann eine Verletzung der Menschenwürde erstens nicht nach Gesichtspunkten des überwiegenden Interesses aufgewogen werden. Sie ist unantastbar²⁶⁸. Der Bundesrat folgt dieser Auffassung von der Unteilbarkeit des Würdeanspruches offensichtlich nicht, wenn er in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung ausführt, dass „*die Formulierung, wonach die Menschenwürde unantastbar sei, den Eindruck erwecken [könnte], der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspreche*.“²⁶⁹ Doch selbst wenn man mit dem Bundesrat ein kategorisches Würdeverständnis²⁷⁰ ablehnt, so umfasst Art. 7 BV zweitens und anerkanntermassen die programmatische Verpflichtung einer Kerngehaltsgarantie²⁷¹. Es liegt aber

²⁶⁵ HUMPHREY ET AL., The occurrence of high levels of acute behavioral distress in children and adolescents undergoing routine venipunctures, *Pediatrics* [1992] 90 (1):87 ff.

²⁶⁶ Eingehend zu Abstufungen der Risiken und Belastungen in der pädiatrischen Forschung HASLAM, in: *Ethics in Pediatric Research*, S. 25 ff.

²⁶⁷ BBl [2002] 271, 318.

²⁶⁸ Nach MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV, Rz 52, unterliegt die Menschenwürde keinen Beschränkungen. Differenzierend bezüglich der Unantastbarkeit BGE 127 I 6, 14. Zur Unabwägbarkeit meint TAUPITZ, JZ [2003] 109, 116, dass der Entscheid darüber, ob eine Menschenwürdeverletzung vorliege seinerseits von einer verfassungsrechtlichen Gesamtbetrachtung abhängt und deshalb Abwägungen geradezu gebiete; was aber nichts an der – auch von TAUPITZ eingestandenen – Unabwägbarkeit bei gegebener Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG ändert.

²⁶⁹ Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BBl [1997] 1, 141.

²⁷⁰ Eingehend BRAUN, „Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde“, in: *Biomedizin und Menschenwürde*, S. 81 ff.

²⁷¹ Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BBl [1997] 1, 141; eindringlich: BGE 127 I 6, 14: Die Menschenwürde „*bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung. [Sie] wird als oberstes Konstitutionsprinzip, als Auffanggrundrecht... bezeichnet*.“ Hierzu insbesondere SCHEFER, *Kerngehalte*, S. 20 ff.

gerade im Wesen einer Kerngehaltsgarantie, nicht alles zum Gegenstand rein konsequentialistischer Abwägung²⁷² gegenüberliegender Gemein- und Privatinteressen machen zu können²⁷³. Deshalb darf auch die Verfolgung so hochrangiger Ziele wie die Erforschung von Kinder- oder Demenzerkrankheiten nicht um den Preis entwürdigender Mittel zugelassen werden. Das Instrumentalisierungsverbot als Kernverbürgung von Art. 7 BV ist insofern als deontologisches, also von der blossen Orientierung an Zwecken losgelöstes Bekenntnis zu einer ‚Wertordnung‘ zu verstehen²⁷⁴.

Die Erkenntnis, dass nicht jede Verletzung nach Gesichtspunkten des überwiegenden Interesses gerechtfertigt werden soll, widerspiegelt sich auch im Angemessenheitsvorbehalt bei der Güterabwägung im Notstand²⁷⁵. So darf, um das von WILHELM GALLAS²⁷⁶ gebildete Lehrbuchbeispiel der zwangsweisen Blutspende heranzuziehen, selbst der lebensrettende Eingriff zugunsten Dritter nicht zustimmungslos erzwungen werden²⁷⁷. Ein blosses Denken in Kategorien der Güterabwägung führt hier in die Irre. Denn das Leben des Verletzten wiegt sicherlich schwerer als die Körperverletzung bei der Blutentnahme. Trotzdem soll die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen nicht Nützlichkeitsüberlegungen geopfert werden. Dies hat nichts mit einer Geringschätzung von Überlebensinteressen zu tun. Doch ist die Blutspende ein Akt solidarischer Zuwendung, der, mit Mitteln des Rechts durchgesetzt, das Freiheitsprinzip und damit die Legitimationsgrundlage rechtlichen Zwangs in Frage stellt²⁷⁸. Doch selbst wer derartige Einschränkungen des Freiheitsprinzips um überwiegender Interessen willen in Kauf zu nehmen bereit ist²⁷⁹, wird anerkennen müssen, dass im Falle der Forschung mit Einwilligungsunfähigen die Voraussetzungen für eine Notstands-

²⁷² Zu konsequentialistischen Argumenten für die Forschung mit Nichteinwilligungsfähigen MAIO, ZEE [2001] 135, 139 ff.

²⁷³ Solche Abwägungsethik pauschal als „Verschweizerung“ (HÖFLING, KritV [1998] 99, 109) zu titulieren, ist trotzdem übertrieben.

²⁷⁴ BGE 127 I 6, 13 f. Trotz relativierendem Würdeverständnis (Fn. 269) wird auch im schweizerischen Verfassungsrecht zur inhaltlichen Konkretisierung von Art. 7 BV auf die Dürig'sche Objektformel zurückgegriffen. Vgl. BBl [1997] 1, 140 und BGE, a.a.O.

²⁷⁵ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 34 N 13 f.

²⁷⁶ GALLAS, Verbrechenlehre, S. 70.

²⁷⁷ FREUND, MedR [2001] 65, 70; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 45.

²⁷⁸ GALLAS, Verbrechenlehre, S. 70. Zur Solidarität als Gegenstand von Rechtszwang BAYERTZ, in: Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, S. 85 ff.; SEELMANN, BJM [1997] 57, 63 ff.; DERS., in: FS-Schreiber, S. 865 f.

²⁷⁹ Vorsichtig dahingehend KÜHL, AT, § 8, N 171 f.: „Gerade wenn Solidarität die Freiheit eines anderen überhaupt erst ermöglicht, ihn aus der Todesgefahr ... befreit, kann sie auch in einer Freiheitsordnung rechtlich gefordert werden“.

rechtfertigung nicht vorliegen²⁸⁰. Im Gegensatz zur unmittelbar lebensrettenden Blutspende lässt sich mit einem drittnützigen Forschungseingriff niemand aus einer unmittelbar drohenden Gesundheitsgefahr erretten²⁸¹.

4. Fazit

Es ging um die Fragestellung, ob rein drittnützige Versuche unter den rigiden Forschungseinschränkungen des Heilmittelgesetzes und der Biomedizin-Konvention trotz verfassungsrechtlicher Bedenken zugelassen werden können. Hierzu wurden verschiedene auf den Forschungsnutzen abstellende Rechtfertigungsstrategien untersucht. Doch weder die Aussicht auf künftige Therapiemöglichkeiten noch die behaupteten Solidaritätspflichten gegenüber Alters- und Leidensgenossen taugen als Legitimationskriterien bei der Urteilsunfähigenforschung. Auch die in der ‚minimal risk and burden‘-Klausel geforderte Harmlosigkeit der Forschungseingriffe vermag die grundsätzlichen Bedenken gegenüber der zustimmungslosen und rein drittnützigen Inanspruchnahme Urteilsunfähiger nicht zu zerstreuen.

Im Ergebnis bleibt die nichttherapeutische Forschung jenseits autonomer Teilnahmeentscheidung hoch problematisch²⁸². Dieses Ergebnis entspricht auch geltendem Völkerrecht. Nach Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966²⁸³ darf „*niemand der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden*“. Der Bundesrat weist in seiner Botschaft zur Biomedizin-Konvention darauf hin, dass sich diese Norm nur auf Versuche beziehe, die in ihrer Eingriffsintensität der Folter entsprechen²⁸⁴. Dieser Einwand geht fehl. Inakzeptabel ist die Folter nicht wegen ihrer Eingriffsintensität, sondern wegen der ihr immanenten Geringschätzung des Gefolterten als Menschen²⁸⁵. In unseren Zusammenhang gestellt: Auch ‚minimal riskante und belastende‘ Folter wäre absolut völkerrechtswidrig. Wer den Körper Urteilsunfähiger für reine Forschungs- und The-

²⁸⁰ FREUND, MedR [2001] 65, 70. Dies räumt auch TAUPITZ, JZ [2003] 109, 116, ein.

²⁸¹ Differenzierend SCHIMIKOWSKI, Experiment am Menschen, S. 37 ff.; SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 582 ff.; DERS., in: FS-Schreiber, S. 864 f.

²⁸² Explizit SCHEFER, Kerngehalte, S. 434: „*In jedem Fall verboten sind Versuche ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen.*“

²⁸³ SR 0.103.2

²⁸⁴ Vgl. die Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 316, dortige Fn. 134.

²⁸⁵ Hierzu HILGENDORF, JRE 7 [1999] 137, 145 ff.

rapiezwecke Dritter beeinträchtigt, der missachtet den Integritätsanspruch der Betroffenen und bringt damit eben diese Geringschätzung zum Ausdruck²⁸⁶. Entgegen TAUPITZ greift der Arzt bei nichttherapeutischen Forschungseingriffen gerade nicht „in der Absicht zu heilen“²⁸⁷ ein, sondern verfolgt ausschliesslich Erkenntnisinteressen. Genau mit dieser rein fremdnützigen Inanspruchnahme lässt er den nötigen Respekt für die „Subjektqualität“ des Betroffenen vermissen. Nichttherapeutische Forschung ohne freiwillige Zustimmung des Betroffenen wird somit auch durch die Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen verpönt²⁸⁸.

VI. Autonomiebezogene Rechtfertigung der Forschung

1. Idee einer ‚Forschungsverfügung‘

In den bis hierher behandelten Befürworterpositionen wurde dargelegt, wie die nichttherapeutische Forschung über deren mittelbare und ideelle Vorteile sowie über die Geringfügigkeit ihrer Nachteile gerechtfertigt werden soll. Dies sind allesamt Nutzenargumente. Einen diametral entgegengesetzten Ansatz verfolgt die von einem Arbeitskreis der deutschen Alzheimergesellschaft 1994 angeregte *Forschungsverfügung*²⁸⁹. Im Hinblick auf den drohenden Verlust der Einwilligungsfähigkeit soll für Demenzkranke die Möglichkeit geschaffen werden, künftige Forschungsmassnahmen in einer Vorabverfügung zu billigen. Mit der Forschungsverfügung soll die **Patientenautonomie** (wieder) ins Zentrum der Rechtfertigung gerückt werden²⁹⁰. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass der gravierendste Mangel der Forschung mit Urteilsunfähigen im Fehlen selbstbestimmter Eingriffszustimmung liegt²⁹¹. Genau diese aktuell mangelnde Einwilligung soll mit der Vorabverfügung quasi vorgeholt werden. Den Versuchs-

²⁸⁶ JOSET, AJP [2000] 1424, 1434.

²⁸⁷ TAUPITZ, JZ [2003] 109, 116.

²⁸⁸ Auch nach SCHEFER-Kerngehalte, S. 434, sind einzig *therapeutische* Versuche von diesem Verbot ausgenommen.

²⁸⁹ Der Arbeitsgruppe um die beiden Psychiater Hanfried HELMCHEN und Hans LAUTER gehörten K. AMELUNG, E. DEUTSCH, A. ESER, H.-G. KOCH und J. KUNTZE als Juristen an. Die Problemanalyse zu Forschungsbedarf und Einwilligungsproblematik in der Demenzforschung wurde zusammengefasst in: HELMCHEN/LAUTER-Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? Stuttgart/New York 1995; weiter TAUPITZ, JZ [2003] 109, 117 f.

²⁹⁰ Zu dieser Tendenz, auch bei Einwilligungsunfähigen auf ‚Selbstbestimmungsrechtfertigungen‘ zurückzugreifen HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, S. 81 f.

²⁹¹ HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 51; siehe auch oben Fn. 237. Grundsätzliche Kritik bei LEIDINGER, *Müssen Demenzkranke ein «Sonderopfer für die Forschung» bringen?* KritV [1998] 88 ff.

eingriffen wird somit pro futuro in *selbstbestimmter* Entscheidung zugestimmt. Die rechtliche Bewertung derartiger Patientenverfügungen bildet Gegenstand anhaltender Kontroversen²⁹².

2. Verbindlichkeit der ‚Forschungsverfügung‘

Die herrschende Strafrechtslehre hält Forschungsverfügungen nicht für gleichermassen verbindlich wie aktuelle Einwilligungserklärungen. Im Gegensatz zum Transfusionsveto von Zeugen Jehovas, das sich auf einen genau spezifizierten und vorhersehbaren Eingriff bezieht²⁹³, wüssten die Verfasser von Forschungsverfügungen nicht, welchen Versuchen sie zustimmten. Die Dimensionen künftiger Forschungseingriffe seien vollkommen unbekannt. Es liege ja gerade im Wesen innovativer Forschung, dass sie heute noch nicht wisse, woran sie morgen forschen werde. Es fehle deshalb zwangsläufig an einer eingriffsbezogenen Aufklärung, weshalb der antizipierte Wille kein informierter und deshalb nicht wie eine Einwilligung zu behandeln sei. Weiter bliebe den dereinst Einwilligungsunfähigen die ansonsten bedingungslos eingeräumte Widerrufsmöglichkeit²⁹⁴ verwehrt. Aus all diesen Gründen seien Vorabverfügungen lediglich als Indiz für den mutmasslichen Willen zu werten²⁹⁵. Diese Einwände gegen die volle Verbindlichkeit von Forschungsverfügungen wiegen schwer. Nach den Vorstellungen der genannten Arbeitsgruppe soll der fehlenden Widerrufsmöglichkeit dadurch begegnet werden können, dass vom Verfügenden eine Vertrauensperson bezeichnet wird, die sich fragwürdigen Forschungsvorhaben stellvertretend widersetzen kann²⁹⁶. Überdies verbleibt den Urteilsunfähigen ein Veto-recht²⁹⁷. Doch bleibt damit stets unerklärt, weshalb die ansonsten besonders strengen Anforderungen an die Aufklärung bei Forschungseingriffen²⁹⁸ ausge-

²⁹² Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 303 f.; umfassend K. REUSSER, Patientenwille, S. 141 ff.

²⁹³ Dazu eingehend oben Fn. 135 ff.

²⁹⁴ Art. 5 Abs. 3 Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

²⁹⁵ Explizit SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 571 f.; ferner JÜRGENS, KritV [1998] 34, 39; PETER, Forschung, S. 40 f.; UHLENBRUCK, MedR [1992] 134 ff. Zur blossen Indizwirkung kritisch BERGER, JZ [2000] 797, 800 ff. und KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 232. Zur mutmasslichen Einwilligung bei Forschungseingriffen G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 556 f.

²⁹⁶ HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 56 f.

²⁹⁷ Art. 55 Abs. 1 lit. d) HMG und Art. 17 Abs. 1 (v) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]. Zur dieser Berücksichtigung eines ablehnenden „natürlichen Willens“ vgl. oben Fn. 186.

²⁹⁸ Vgl. die detaillierten Aufklärungsvorschriften von Art. 54 Abs. 1 lit. a) HMG, die auf Vorschlag der parlamentarischen Kommission (SGK) hin auf Gesetzesstufe und nicht - wie noch im Entwurf des Bundesrates vorgeschlagen - bloss auf Verordnungsstufe geregelt wurden. (vgl. hierzu Amtl. Bull. NR [2000] 120 f. und Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BB1

rechnet bei fremdnützigen Versuchen an Urteilsunfähigen sollen gelockert werden können²⁹⁹. Zur Beantwortung dieser Frage muss etwas weiter ausgeholt und zuerst der prinzipielle Unterschied zwischen vorab konsentierter und durch Vertretereinwilligung erlaubter Forschung verständlich gemacht werden, bevor eine Begründung für die Lockerung von Aufklärungsvorschriften angegeben werden kann.

- Die vorab durch die Betroffenen gebilligte Forschung hebt sich von der ‚lediglich‘ durch die Vertreter erlaubten Forschung offenkundig dadurch ab, dass die Urteilsunfähigen nicht durch *fremdbestimmten* Entscheid zum Versuchsobjekt gemacht werden. Genau deshalb dürfte aus verfassungsrechtlicher Sicht bei Vorabereinwilligung zu einem nichttherapeutischen Forschungseingriff eine Verletzung ihres Würdeanspruchs auszuschliessen sein, eben weil es sich hierbei um eine autonome und freiwillige Eingriffsentscheidung der Betroffenen handelt³⁰⁰. Unabhängig von Aufklärungsdefiziten lässt sich bei zustimmenden Willensäusserungen nicht sinnvoll von Instrumentalisierung sprechen. Die gegenteilige Ansicht läuft Gefahr, den Schutzgedanken der Würdeverbürgung gegen die Träger zu kehren. Das Instrumentalisierungsverbot soll ja gerade vor zustimmungsloser Inanspruchnahme schützen, dient also mit anderen Worten der Absicherung selbstbestimmter Entscheidung. Die Vorabereinwilligung aber ist nichts anderes als die vorgezogene Betätigung des Selbstbestimmungsrechts im Hinblick auf eine spätere Urteilsunfähigkeit³⁰¹. Soweit aber der Instrumentalisierungsvorwurf entkräftet und damit eine Verletzung Art. 7 BV ausgeschlossen ist, entfällt auch die kerngehaltsschützende Abwägungsschranke bei der Notstandsrechtfertigung³⁰². Der Wille des Betroffenen, sich anderen Menschen mit der gleichen Erkrankung solidarisch zuzuwenden, lässt sich so als gewichtiges Indiz zugunsten des Forschungseingriffes in die Abwägung miteinbeziehen³⁰³.
- Wegen der autonomen Teilnahmeentscheidung ist die Forschung bei vorweggenommener Zustimmung verfassungsrechtlich weit weniger problem-

[1999] 3453, 3535 und 3635). Zum Umfang der Aufklärungspflichten siehe auch BGE 105 II 284, 287 f.; 108 II 59, 61; 114 Ia 350, 358 ff.; 116 II 519, 521 f.

²⁹⁹ Zu diesem Einwand insbesondere SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 572.

³⁰⁰ So auch ELZER, MedR [1998] 122, 123 f.

³⁰¹ BERGER, JZ [2000] 797, 798; DEUTSCH, NJW [1979] 1905, 1908; TAUPITZ/BREWE/SCHELLING, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 430.

³⁰² Hierzu Fn. 271 ff. oben.

³⁰³ A.M. SCHROTH, Jus [1992] 476, 478.

atisch als die absolut zustimmungslose Forschung an Nichteinwilligungsfähigen. Damit bleibt aber immer noch erklärungsbedürftig, weshalb im Falle antizipierter Versuchseinwilligung die ansonsten sehr strengen Aufklärungserfordernisse bei Forschungseingriffen sollen herabgesetzt werden können³⁰⁴. Auch hier lässt sich argumentieren, dass wer im Falle von Forschungsverfügungen auf der Erfüllung aller Aufklärungsvorschriften als Voraussetzung gültiger Einwilligung beharrt, letztlich den Schutzzweck dieser Voraussetzungen gegen die Beschützten kehrt. Die rigiden Aufklärungsvorschriften bei Forschungseingriffen an Urteilsfähigen dienen nämlich der Ermöglichung und Absicherung eines selbstbestimmten Teilnahmeentscheides³⁰⁵. Wie bereits erwähnt, ist aber eine Vorabverfügung nichts anderes als eine pro futuro abgegebene, selbstbestimmte Teilnahmeentscheidung des Betroffenen. Wenn man nun der Gültigkeit einer Forschungsverfügung die wesensgemäss geringere Informiertheit des Betroffenen zum Zeitpunkt der Abfassung entgegenhält³⁰⁶, dann missachtet man damit genau die selbstbestimmte Entscheidung, die durch die Aufklärungsvorschriften hätte abgesichert werden sollen. Nach C. BERGER dürfen deshalb, „an die Aufklärung keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden, welche die Realisierung der Patientenautonomie praktisch hindertreiben.“³⁰⁷

Es gibt somit handfeste Gründe, die Aufklärungserfordernisse bei antizipierten Forschungseinwilligungen zu lockern, will man nicht den Verfasser einer Forschungsverfügung in seiner autonomen Teilnahmeentscheidung desavouieren. Diese Erkenntnis liegt auch dem Vorentwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht unausgesprochen zugrunde, welcher in der Berücksichtigung von Patientenverfügungen neue Wege beschreitet. Nach Art. 373 des VE-Erwachsenenschutzrecht 2003³⁰⁸ sollen Vorabverfügungen wie aktuelle Einwilligungen wirken, wenn die in Aussicht genommene Eingriffssituation tatsächlich eintritt³⁰⁹.

³⁰⁴ Ohne weitere Begründung soll nach K. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, S. 107, für künftige Behandlungsentscheide ‚eine Aufklärung nicht in gleichem Masse notwendig‘ sein.

³⁰⁵ BGE 105 II 284, 288: „Le malade doit être suffisamment renseigné sur la nature du traitement ... pour pouvoir y consentir en connaissance de cause“; weiter BGE 108 II 59, 62: „L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle ...“.

³⁰⁶ UHLENBRUCK, MedR [1992] 134, 136 f.

³⁰⁷ BERGER, JZ [2000] 797, 802.

³⁰⁸ Siehe oben Fn. 16.

³⁰⁹ Vgl. Bericht Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 28 f. „Der Vorentwurf gibt der Patientenverfügung ... ein grösseres Gewicht, indem sie nicht nur zu berücksichtigen ist, sondern di-

Die sich gegenüberstehenden Positionen der herrschenden Lehre einerseits, welche Patientenverfügungen lediglich als Indiz für den mutmasslichen Willen berücksichtigen will³¹⁰ und des Vorentwurfes andererseits, wonach Patientenverfügungen verbindlich sind, unterscheiden sich somit prinzipiell: Die herrschende Lehre, welche nebst dem gemutmassten Patientenwillen auch die objektivierten (wohlverstandenen) Patienteninteressen zwingend gewahrt haben will, betont damit Elemente der **Fürsorge** zugunsten Urteilsunfähiger. Im Gegensatz dazu werden mit der umfassenden Respektierung früherer Patientenentscheide im neuen Erwachsenenschutzrecht Elemente der **Autonomie** in den Vordergrund gestellt.

Bei aller *prinzipiellen* Gegensätzlichkeit von Fürsorge und Autonomie als Maximen im Umgang mit Urteilsunfähigen³¹¹ unterscheiden sich die genannten Positionen *im Ergebnis* nur graduell. Wie bereits erwähnt, wirkt eine den objektiven Gesundheitsinteressen des Betroffenen zuwiderlaufende mutmassliche Eingriffsbefürwortung nur dann rechtfertigend, wenn sie sich zweifelsfrei auf den in Frage stehenden Eingriff beziehen lässt. Folgerichtig bestimmt denn Art. 373 des VE-Erwachsenenschutzrecht 2003³¹² auch, dass Patientenverfügungen nur verbindlich sind, soweit „*keine begründeten Zweifel*“ an der Übereinstimmung mit dem Betroffenenwillen bestehen und die Verfügung „*hinreichend klar*“ ist. Die Hinweise, die der Mutmassung zugrunde liegen, müssen also mit anderen Worten umso eingriffsspezifischer sein, je krasser der Eingriff den objektiven Betroffeneninteressen zuwiderläuft³¹³. Weil nichttherapeutische Forschungseingriffe den Betroffeneninteressen stets zuwiderlaufen, bleiben die Anforderungen an die Deutlichkeit der Vorabereinwilligung auch bei gelockerten Aufklärungsanforderungen zwangsläufig hoch. Genau dieser Konkretisierungsgrad wird den meisten Vorabereinwilligungen fehlen, weshalb die praktische Bedeutung von Forschungsverfügungen vorhersehbar gering bleiben wird.

3. Fazit zur ‚Forschungsverfügung‘

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Forschung bei vorweggenommener Zustimmung verfassungsrechtlich ungleich weniger kritisch ist als Forschung ohne autonomen Teilnahmeentscheid des jetzt Nichteinwilligungsfähigen. Ins-

rekt als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung gilt I.d.S. nunmehr auch TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141.

³¹⁰ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 303 f.; vgl. oben Fn. 295.

³¹¹ Grundlegend zu diesen Maximen REHBOCK, Autonomie - Fürsorge - Paternalismus, zur Kritik (medizin-) ethischer Grundbegriffe, EthikMed [2002] 131 ff.

³¹² Siehe oben Fn. 16.

³¹³ TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I S. 508.

besondere lässt sich der Vorwurf der Instrumentalisierung bei autonomer Vorabereinwilligung zum Versuch nicht widerspruchslös aufrechterhalten. Mit Wegfall des Instrumentalisierungsvorwurfes ist gleichzeitig auch eine Möglichkeit eröffnet, den zustimmenden Willen des Betroffenen zugunsten des Forschungseingriffes in die abwägende Betrachtung der Forschungsrisiken und -chancen miteinzubeziehen. Des Weiteren lassen sich die strengen Aufklärungsanforderungen, die bei aktuellen Versuchseinwilligungen Urteilsfähiger gelten, für Forschungsverfügungen mit dem Argument lockern, dass ein Festhalten daran die autonome Vorabentscheidung faktisch aufheben und damit den eigentlichen Zweck der Aufklärungsvorschriften - nämlich die Ermöglichung autonomer Entscheidung - vereiteln würde. Gleichwohl können Forschungsverfügungen nur insoweit Geltung beanspruchen, als sie die in Aussicht genommene Forschungsmassnahme auch zweifelsfrei umfassen.

VII. Notwendigkeit der Forschung als Rechtfertigung

Es geht weiterhin um die Frage, ob rein fremdnützige Forschung an Urteilsunfähigen trotz grundrechtlicher Bedenken legitimierbar ist. Allen genannten Befürworterargumenten und allen gesetzlichen Regelungen zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen liegt der Gedanke zugrunde, dass diese Forschung unbedingt notwendig sei. In der Folge soll das Argument der Forschungsnotwendigkeit zuerst aus der Optik der Befürworter dargestellt werden (1.), um es sodann auf seine Stichhaltigkeit zu überprüfen. Hierzu sollen die Notwendigkeit und Unabdingbarkeit klinischer Forschungsstudien (2.), placebokontrollierter Studien (3.) und nichttherapeutischer Forschung (4.) im Einzelnen erläutert werden.

1. Notwendigkeit der Forschung - therapeutische Verwaisung

Die Befürworter einer weitgehenden Legalisierung der Urteilsunfähigenforschung untermauern ihre Forderungen jeweils mit der Feststellung, dass diese Forschung unbedingt notwendig sei. Forschung sei unverzichtbare Bedingung medizinischen Fortschritts³¹⁴. Wer die Forschung mit Einwilligungsunfähigen

³¹⁴ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 313; FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S. 1 ff.; POHLMANN-EDEN/VAN ACKERN, „[...] Sinn und Notwendigkeit von Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen“, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S. 23 ff.; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 379; WILDHABER, SÄz [1999] 2585.

generell verbiete, beraube gerade diese besonders schutzbedürftigen Personen der Chance einer auf sie zugeschnittenen Behandlung³¹⁵. Die Zulassung neuer Heilmittel setzt bekanntlich den Nachweis erfolgreicher klinischer Prüfung voraus³¹⁶. Der Ausschluss Einwilligungsunfähiger von klinischen Heilmittelprüfungen mache sie deshalb zu sog. therapeutischen Waisen³¹⁷. Mit den Forschungseinschränkungen würde der Schutzgedanke der Kinds- und Mündelwohlmaxime somit gleichsam gegen die Betroffenen gekehrt³¹⁸. In diesem Zusammenhang wurde gar der Vorwurf erhoben, dass die Einwilligungsunfähigen mit dem gänzlichen Ausschluss von der Forschung diskriminiert und damit in ihrer Würde verletzt würden³¹⁹. Hierzu stützen sich die Befürworter auf Beispiele aus der Forschung mit einwilligungsunfähigen Kindern und Demenzkranken:

*Eingehend erläutert wurde das Problem der therapeutischen Verwaisung³²⁰ für die **atypischen Neuroleptika** in der Jugendpsychiatrie³²¹. Es handelt sich hierbei um Psychopharmaka zur Therapie früh auftretender Schizophrenien (sog. *early onset schizophrenia*; EOS). Die atypischen sind im Vergleich zu klassischen Neuroleptika nebenwirkungsärmer, insbesondere ist das Risiko späterer motorischer Fehlfunktionen vermindert³²². Atypische Neuroleptika waren in Deutschland mangels systematischer Erprobung für Jugendliche*

-
- ³¹⁵ So die Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3537 und COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 107; eindringlich SOBOTA, in: FS-Kriele, S. 374 ff.
- ³¹⁶ Art. 11 Abs. 1 lit. h) HMG.
- ³¹⁷ Zum Problem der ‚Waisenkinder‘ in der pädiatrischen Forschung siehe KLEIST, SÄZ [2001] 2221 ff.
- ³¹⁸ Vgl. FEGERT, „Dürfen Schutzbestimmungen dazu führen, dass Jugendlichen psychopharmakologischer Fortschritt vorenthalten bleibt?“, in: Atypische Neuroleptika, S. 1 ff.
- ³¹⁹ J. FISCHER, „Wo das Einwilligungskriterium zur Diskriminierung führt“, SÄZ [1999] 1110 ff. WOLFSLAST, KritV [1998] 74, 85; zu dieser „Würdekollision“ eingehend SEELMANN in: FS-Trechsel, S. 581 f.
- ³²⁰ Von der hier diskutierten ‚therapeutic orphanage‘ als Folge restriktiver Forschungsvorschriften für Heilmittel zu unterscheiden, ist das Problem der sog. ‚orphan drugs‘. Letzteres betrifft die wegen mangelnder Wirtschaftlichkeit vernachlässigte Entwicklung von Therapeutika für seltene Krankheiten; vgl. FEGERT, in: Atypische Neuroleptika, S. 1 ff.; STÜRCHLER, AJP [2002] 883 ff. und unten Fn. 359 ff.
- ³²¹ Hierzu FEGERT/HÄSSLER/ROTHÄRMEL (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie; Stuttgart etc. 1999.
- ³²² Zu diesen sog. tardiven Dyskinesien und zu extrapyramidal-motorischen Nebenwirkungen von Neuroleptika vgl. GLAZER, J Clin Psychiatry [2000] 61 (Suppl. 3):16 ff. und ASCHAUER ET AL. UPDATE [2002] 12 (12): 1 ff., www.update.europe.at/publikationen/publ_02.htm [Stand: 20. Februar 2004].

nicht zugelassen und Jugendliche somit bezüglich EOS ,therapeutische Waisen‘³²³.

Ebenso wird für die Demenzforschung beklagt, dass die klinische Prüfung der Wirksamkeit von Nootropika³²⁴ bisher aus Schutzgründen auf noch einwilligungsfähige Demenzkranke beschränkt werden musste. Die therapeutischen Möglichkeiten bei Demenzen blieben deshalb weiterhin fatal³²⁵.

In Anerkennung dieses ‚Verwaisungsdilemmas‘ lassen jüngere Kodifikationen Forschung an Einwilligungsunfähigen wie gesehen sehr weitgehend zu. Es stellt sich deshalb erstens die Frage, welche Konsequenzen sich aus dem Notwendigkeitsargument für die verschiedenen Formen der Urteilsunfähigenforschung ableiten lassen. Zweitens wird zu beantworten sein, ob - wie von den Befürwortern behauptet - der Gefahr einer therapeutischen Verwaisung nur durch weitgehende Legalisierung der nichttherapeutischen Forschung begegnet werden kann, oder ob die Therapiesituation für spezifische Krankheiten Urteilsunfähiger auch durch weniger einschneidende Massnahmen verbessert werden kann.

2. Notwendigkeit kontrollierter klinischer Studien

Entgegen der von Bundesrat³²⁶ und Lehre³²⁷ vertretenen Ansicht liefert die blosse Notwendigkeit der Forschung mit Einwilligungsunfähigen keine hinreichende Begründung für deren Zulässigkeit³²⁸. Es geht ja gerade darum, nach Feststellung des Forschungsbedarfs, die zulässige von der unzulässigen Forschung zu trennen. Als erstes muss deshalb untersucht werden, ob die Schutzvorschriften der Heilmittelgesetzgebung der Durchführung kontrollierter klinischer Studien mit Einwilligungsunfähigen entgegenstehen. Im Beispiel zur Schizophreniebehandlung Jugendlicher waren die atypischen Neuroleptika mangels klinischer

³²³ Vgl. das Vorwort von FEGERT, in: FEGERT/HÄSSLER/ROTHÄRMEL (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie; Stuttgart etc.1999.

³²⁴ Auch ‚Antidementiva‘, Arzneimittel zur Verbesserung der Hirnleistungsfähigkeit bei dementiellen Erkrankungen. Zum aktuellen Stand medikamentöser Alzheimer-Therapie vgl. GAUTHIER, CMAJ [2002] 166 (5), 616 ff.

³²⁵ Beispiel aus: HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S.15.

³²⁶ Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3537; Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 313 f.

³²⁷ ELZER, MedR [1998] 122, 124 f.; HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 1 ff; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 383; WILDHABER, SÄZ [1999] 2585, 2588.

³²⁸ Nach SPRANGER, MedR [2001] 238, 243, verbietet sich der Schluss vom Forschungsbedarf auf die Forschungszulässigkeit.

Überprüfung nicht zugelassen. Doch waren es entgegen FEGERT³²⁹ nicht zu strenge Schutzbestimmungen, die diesbezügliche Studien verunmöglichten. *Therapeutische* Forschungsstudien mit atypischen Neuroleptika wären auch mit Nichteinwilligungsfähigen erlaubt gewesen. Wie oben dargelegt, ist nämlich der Einsatz noch nicht zugelassener Arzneimittel bei Versagen der Standardtherapie möglich, sofern er die letzte wissenschaftlich plausible Hoffnung auf Heilung bietet³³⁰. Man spricht dann von subjektiver Indikation³³¹. Angesichts der gravierenden Nebenwirkungen herkömmlicher Neuroleptika kann von einem Versagen der Standardtherapie gesprochen werden. Da sich die atypischen Neuroleptika in der Schizophreniebehandlung Erwachsener bereits bewährt hatten, war deren Therapietauglichkeit bei Kindern naturwissenschaftlich naheliegend. Wenn aber nicht zugelassene Neuroleptika im Rahmen subjektiv indizierter, individueller Heilversuche eingesetzt werden dürfen³³², dann gibt es keinen ersichtlichen Grund, nicht auch die systematische Überprüfung der Wirksamkeit von Neuroleptika in kontrollierten klinischen Studien zuzulassen, zumal die Abgabe neuartiger Präparate in klinischen Vergleichserhebungen ja nichts anderes ist als eine Heilversuchsreihe unter kontrollierten Bedingungen³³³. Einer systematisch vergleichenden Therapiestudie von normalen gegen atypische Neuroleptika stand somit nichts entgegen³³⁴. Die Sorgeverpflichtungen der Vertreter jedenfalls hindern die Einwilligung in kontrollierte klinische Studien nicht.

Zusammenfassend dürfen Urteilsunfähige in kontrollierte klinische Therapiestudien miteinbezogen werden, sofern der Einsatz des Prüfpräparates naturwissenschaftlich berechnete Hoffnungen auf Heilung zulässt. Unter diesen Umständen ist die Versuchsbehandlung mit dem neuen Arzneimittel nichts anderes als eine kontrollierte Reihe subjektiv indizierter Heilversuche. Wie oben dargelegt, dürfen die Vertreter in subjektiv indizierte Heilversuche einwilligen³³⁵. Der drohenden therapeutischen Verwaisung jugendlicher Schizophreniepatienten kann somit durch kontrollierte klinische Therapiestudien begegnet werden. Die einschlägigen Regelungen des Heilmittelgesetzes (Art. 55 Abs. 1 HMG) verbie-

³²⁹ FEGERT, in: *Atypische Neuroleptika*, S. 1 ff.

³³⁰ Nach dem ‚Aciclovir-Urteil‘ des OLG Köln (JR [1991] 460, 462 f.) kann der Einsatz eines noch nicht zugelassenen aber subjektiv indizierten Neupräparates sogar rechtlich geboten sein; zur Kritik oben Fn.193.

³³¹ Vgl. Fn. 177 und ESER, in: *GS-Schröder*, S. 199.

³³² HÄSSLER/TIEDTKE/FEGERT, in: *Atypische Neuroleptika*, S. 177 ff.

³³³ HART, *MedR* [1994] 94, 95.

³³⁴ G. FISCHER, in: *Atypische Neuroleptika*, S. 73.

³³⁵ Vgl. oben Fn. 196 passim.

ten solche Studien nicht³³⁶. Für die weitere Diskussion ist es jedoch wichtig hervorzuheben, dass der drohenden Therapieverwaisung jugendlicher Schizophreniepatienten auch ohne die in Art. 55 Abs. 2 HMG erlaubte, rein drittnützige Forschung begegnet werden kann³³⁷.

3. Notwendigkeit Placebo-kontrollierter Studien

Am Beispiel der atypischen Neuroleptika wurde gezeigt, dass kontrollierte klinische Therapiestudien mit Urteilsunfähigen notwendig und erlaubt sind. Auch im Beispiel zur Demenzforschung wurde geltend gemacht, dass die systematische Erprobung von Nootropika an urteilsunfähigen Alzheimerpatienten unumgänglich sei³³⁸. Doch ist hier die Ausgangssituation eine andere. Im Gegensatz zur Schizophreniebehandlung, wo herkömmliche Antipsychotika bereits zur Verfügung standen, fehlen etablierte Medikamente zur Alzheimertherapie gänzlich³³⁹. Während die atypischen Neuroleptika sich in Vergleichsstudien gegen die herkömmlichen Antipsychotika durchsetzen mussten, kann die Wirksamkeit neuer Antidementiva mangels Standardpräparaten nur gegen Placebo getestet werden³⁴⁰. Dürfen urteilsunfähige Demenzkranke in kontrollierte klinische Placebostudien mit Nootropika integriert werden? Der Scheinbehandlung in der Kontrollgruppe fehlt ein unmittelbarer Therapienutzen³⁴¹. Dass ‚placebobehandelte‘ Patienten von unerwünschten Nebenwirkungen des Prüfpräparates verschont bleiben und bei nachgewiesener Wirksamkeit des Prüfpräparates direkt in den Genuss der neuen Behandlung kommen³⁴², sind irrelevante weil mittelbare Vorteile der Placebobehandlung³⁴³. Dennoch wird man die kontrollierte Prüfung von Antidementiva gegen Placebo zulassen dürfen. Denn auch hier kann

³³⁶ Ebenso wenig steht § 41 des deutschen Arzneimittelgesetzes klinischen Neuroleptika-Therapiestudien mit Nichteinwilligungsfähigen entgegen; DEUTSCH, in: Kommentar Arzneimittelgesetz, § 41 N 3 f.; a.M. SOBOTA, in: FS-Kriele, S. 374 ff.

³³⁷ A.M. insbesondere TAUPITZ, in: Atypische Neuroleptika, S. 47 / 61 ff., der ungeachtet der Möglichkeit atypische Neuroleptika im Rahmen therapeutischer Studien einzuführen für die Zulässigkeit nichttherapeutische Forschung plädiert, siehe weiter DERS., JZ [2003] 109, 115 ff.

³³⁸ HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 15.

³³⁹ GAUTHIER, CMAJ [2002] 166 (5), 616 ff.; HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 8 f.

³⁴⁰ Nach DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, N 679, sind Placebokontrollen überhaupt erst bei Fehlen einer Standardtherapie zulässig; relativierend WINDELER, in: Forschung am Menschen, S. 67 f.

³⁴¹ PETER, Forschung, S. 111 ff.; TAUPITZ, JZ [2003] 109, 115.

³⁴² G. FISCHER, in: Atypische Neuroleptika, S.74; weitere Argumente bei HABERMANN/LASCH/GÖDICKE, NJW [2000] 3389, 3392 und PETER, Forschung, S. 115 ff.

³⁴³ G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 558 f.; HÖFLING/DEMEL, MedR [1999] 540 f.

gelten: Soweit Heilversuche mit Antidementiva zulässig sind, muss auch deren Wirksamkeit durch Kontrollstudien abgesichert werden können. Unter Gesichtspunkten der Heilmittelsicherheit sind kontrollierte Studien wegen dem möglichen Nachweis der Untauglichkeit des Prüfpräparates individuellen Heilversuchen sogar vorzuziehen³⁴⁴.

*Als Beispiel für eine zulässige placebokontrollierte Prüfung mit Einwilligungsunfähigen kann eine amerikanisch-französische Studie zur Wirksamkeit und Sicherheit von **Zidovudine (AZT)** bei Schwangeren und Neugeborenen dienen. Studienziel war die Verminderung der HIV-Infizierung Neugeborener bei der Geburt. HIV-infizierte Mütter wurden vor und unter der Geburt, die Neugeborenen bis sechs Wochen nach der Geburt mit Zidovudine, resp. Placebo behandelt. Die HIV-Übertragungsrate war in der Testgruppe signifikant vermindert, so dass die Placebokontrolle abgesetzt und alle Studienteilnehmerinnen fortan mit Zidovudine behandelt werden konnten³⁴⁵. Heute werden HIV-positive Schwangere routinemässig von der 34.-38. Schwangerschaftswoche mit AZT behandelt, wodurch die Übertragungsrate auf unter 5% gesenkt werden konnte³⁴⁶. Ebenso ist die sofort nach der Geburt einsetzende AZT-Therapie von Säuglingen unterdessen etabliert^{347, 348}.*

Eine Standardprävention für Kinder HIV-infizierter Mütter fehlte, die versuchsweise Behandlung der Schwangeren und Neugeborenen mit Zidovudine war eine Erfolg versprechende und insofern subjektiv indizierte Neulandmethode. Dennoch wäre es unverantwortlich gewesen, Wirksamkeit und Nebenwirkungen von Zidovudine nicht anhand von Vergleichen mit einer placebobehandelten Kontrollgruppe zu überwachen³⁴⁹.

³⁴⁴ I.d.S. mit Nachdruck: LENARD, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S.11 f.

³⁴⁵ CONNOR/SPERLING ET AL., N Engl J Med [1994]331 (18): 1173 ff.

³⁴⁶ KLEIN/SUTOR/WAHN, in: Pädiatrie, S. 356.

³⁴⁷ KIND ET AL., Aids [1998] 12 (2): 205 ff.

³⁴⁸ An dieser Stelle sei Herrn **Prof. Dr. med. David Nadal**, Leiter der Abteilung Infektiologie an der Universitäts-Kinderklinik in Zürich, für den Hinweis auf diese Studie sowie für das ausführliche Dokumentationsmaterial herzlich gedankt.

³⁴⁹ Zur Arzneimittelforschung während der Schwangerschaft KOREN, in: Ethics in Pediatric Research, S. 171 ff. Eine ganz andere Frage ist, ob die Durchführung einer kürzeren und weniger kostenintensiven AZT-Studie in Entwicklungsländern zu verantworten ist. Hierzu JOST, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle, S. 323 f. und TOLMEIN, KritV, [1998], S. 52 dortige Fn. 3.

Die Durchführung placebokontrollierter Therapiestudien ist somit auch bei Urteilsunfähigen möglich³⁵⁰. Wie an Beispielen aus der Demenz- und AIDS-Forschung gezeigt wurde, sind Placebostudien zulässig, sofern es erstens an einer etablierten Therapie fehlt und das zu testende Medikament zweitens eine naturwissenschaftlich begründete Hoffnung auf Heilung verspricht. Die Verantwortung für das Vertretenenwohl steht Einwilligungen in vergleichende Therapiestudien also selbst dann nicht entgegen, wenn gegen Placebo getestet wird. Auch hier gilt es abschliessend festzuhalten, dass der drohenden therapeutischen Verwaisung von Alzheimer-Patienten mit placebokontrollierten Therapiestudien begegnet werden kann. Zusätzliche, rein fremdnützige Versuche sind nicht notwendig. Die drohende therapeutische Verwaisung von Schizophrenie- und Alzheimerpatienten macht somit lediglich die Notwendigkeit kontrollierter *Therapiestudien* deutlich; die von den Befürwortern aus dem Verwaisungsdilemma abgeleitete Unabdingbarkeit *nichttherapeutischer, rein fremdnütziger* Forschung jedoch erklärt sie nicht³⁵¹. Eben diese Notwendigkeit rein fremdnütziger Forschung gilt es in der Folge noch zu untersuchen.

4. Notwendigkeit rein fremdnütziger Forschung

Kontrollierte klinische Studien mit direkt therapeutischer Zielsetzung sind also nicht nur zulässig, sondern im Interesse der Arzneimittelsicherheit sogar wünschbar. Stets ungeklärt bleibt jedoch die Notwendigkeit der grundrechtlich ungleich heikleren, nichttherapeutischen und rein fremdnützigen Forschung. Deren Unabdingbarkeit wird beispielsweise für die Demenzdiagnostik und die Neonatologie reklamiert:

*Bei Demenzen, zumal degenerative Erkrankungen, werden potentielle Therapien möglichst früh einsetzen müssen. Eine gesicherte **Diagnose von Demenzen** vom Typ Alzheimer ist jedoch bisher erst in fortgeschrittenem Stadium und somit nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit möglich. Methoden der Frühdiagnostik werden deshalb intensiv beforscht. Diese Untersuchungen zu Hirnfunktion, -gestalt und -stoffwechsel müssen - so die Befürworter - hinsichtlich ihrer frühdiagnostischen Zuverlässigkeit auch an Patienten mit bereits gesicherter Diagnose überprüft, mit anderen Worten an Nichteinwilligungsfähigen im fortgeschrittenen Stadium der Demenzerkrankung*

³⁵⁰ Skeptisch HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 15; 24 ff.

³⁵¹ A.M. TAUPITZ, in: Atypische Neuroleptika, S. 61 ff.; DERS., JZ [2003] 109, 115 ff.

vorgenommen werden. Derlei Diagnoseforschung ist angesichts mangelnder Kausaltherapien rein drittnützig³⁵².

*In der Behandlung von **Sauerstoffmangel bei Frühgeborenen** ist eine exakte Dosierung essentiell. Zu wenig Sauerstoff kann zu Hirnschäden und zu viel Sauerstoff zur Erblindung führen. Um die idealen Verabreichungswerte zu ermitteln, ist eine Untersuchung der Sauerstoffsättigung im Blut gesunder Neugeborener notwendig. Eine Erhebung, welche betroffenen zumal gesunden Neugeborenen keinerlei Therapienutzen vermittelt³⁵³.*

Die Notwendigkeit rein drittnütziger Diagnoseversuche in der Demenzforschung erscheint auf den ersten Blick plausibel. Bei näherem Hinsehen bleibt jedoch schleierhaft, inwiefern Methoden der *Frühdiagnostik* an Patienten mit *fortgeschrittener* Demenz überprüft werden können. Die Ermittlung des Sauerstoffnormwertes bei gesunden Neugeborenen erfolgt zwar eindeutig im Interesse Dritter³⁵⁴, doch liessen sich solche Werte im Rahmen ohnehin notwendiger Blutentnahmen erheben. Zu denken ist etwa an die routinemässigen Blutentnahmen bei Geburt zur Früherkennung von Stoffwechselkrankheiten wie der Phenylketonurie (sog. ‚Guthrie-Test‘)³⁵⁵. Überdies lässt sich die Sauerstoffsättigung bei Neugeborenen auch mittels transkutaner Infrarotmessung bestimmen³⁵⁶. Selbständige Blutentnahmen ohne Nutzen für das Neugeborene sind so entbehrlich und auch zusätzliche Risiken entstehen keine³⁵⁷. Im Ergebnis bleiben die Befürworter angesichts der grundrechtlichen Bedenklichkeit rein fremdnütziger Forschung eine eingehendere Begründung für deren Unabdingbarkeit schuldig.

³⁵² Zu diesem Beispiel HELMCHEN/LAUTER, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? S. 17.

³⁵³ Zu diesem Beispiel FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S. 97 f.; weitere eindruckliche Beispiele zum Forschungsbedarf in der Pädiatrie bei LENARD, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung, S.11 ff. und KLEIST, SÄZ [2001] 2221, 2222.

³⁵⁴ FREUND, MedR [2001] 65, 69.

³⁵⁵ Hierzu CENTERWALL/CENTERWALL, Pediatrics [2000] 105 (1): 89, 98 sowie www.m-ww.de/krankheiten/stoffwechselkrankheiten/phenylketonurie.html [Stand: 20. Februar 2004].

³⁵⁶ Herrn **Prof. Dr. med. Beat Steinmann**, Leiter der Abteilung für Stoffwechsel und molekulare Pädiatrie am Universitäts-Kinderspital Zürich, danke ich herzlich für die diesbezüglichen Hinweise, den regen interdisziplinären Austausch und das ausführliche Dokumentationsmaterial.

³⁵⁷ TOLMEIN, KritV [1998] 52, 72 f dortige Fn. 76.

5. Notwendigkeit der Forschung? - Fazit

Unter dem Titel ‚Notwendigkeit der Forschung‘ wurde der Frage nachgegangen, welche Formen der Forschung unverzichtbar sind, um eine therapeutische Verwaisung Urteilsunfähiger verhindern zu können. Eine Notwendigkeit zur Forschung besteht unbestreitbar. Doch wurde gezeigt, dass klar zwischen der Notwendigkeit *therapeutischer* und der Notwendigkeit *nichttherapeutischer* Forschung differenziert werden muss³⁵⁸. Das Problem der ‚therapeutical orphanage‘ ist mit gezielter *therapeutischer* Forschung in den Griff zu bekommen: Klinische Therapie- und sogar placebokontrollierte Studien sind in grossem Umfang möglich und im Dienste der Heilmittelsicherheit sogar geboten. Ein darüber hinaus gehender Bedarf an rein fremdnütziger Forschung hingegen wurde von den Befürwortern nicht überzeugend nachgewiesen. Mit ihrer aus dem Verwaisungsargument abgeleiteten Forderung nach Legalisierung nichttherapeutischer Forschung schiessen die Befürworter deshalb über das Ziel hinaus.

Eine nähere Analyse der Befürworterargumente zeigt denn auch, dass die viel zitierte therapeutische Verwaisung kein Problem zu strenger Vorschriften der Heilmittelforschung ist. Der Mangel an kontrollierten Forschungsstudien *mit* und damit die therapeutische Verwaisung *von* Urteilsunfähigen liegt vielmehr darin begründet, dass diese Personen entweder an seltenen und deshalb für die industrielle Forschung ‚unprofitablen‘ Krankheiten³⁵⁹ leiden, oder dass der bei Urteilsunfähigen zugegebenermassen grössere Rekrutierungs- und Studiendesignaufwand gescheut wird³⁶⁰. Auf jeden Fall wird aber der falsche Weg gewählt, wenn man dieser wirtschaftlich bedingten mangelnden Forschungsbereitschaft durch Lockerung der Schutzvorschriften bei der Forschung mit Urteilsunfähigen beizukommen versucht. Vielmehr ist der fehlenden Forschungsbereitschaft bei den sog. ‚orphan diseases‘ durch Schaffung gezielter Forschungsanreize zu begegnen³⁶¹.

³⁵⁸ DAHL/WIESENMANN, EthikMed [2001] 87, 88; zuwenig eindeutig ist diese Unterscheidung bei SOBOTA, in: FS-Kriele, S. 374 ff.

³⁵⁹ Zu diesen sog. ‚orphan diseases‘ vgl. STÜRCHLER, AJP [2003] 883.

³⁶⁰ Explizit Kleist, SÄz [2001] 2221, 2226: „Darüber hinaus ist der Aufwand für jeden einzelnen Schritt bei der Studiendurchführung grösser als bei Erwachsenenstudien... Der Begutachtungsprozess durch Ethikkommissionen, die vielfach über keine oder sehr eingeschränkte Erfahrungen mit Studien an Kindern verfügen, erfordert häufig zusätzlichen Dokumentations- und Erklärungsaufwand durch den Studienarzt und indirekt durch den Arzneimittelhersteller.“

³⁶¹ Vgl. etwa Art. 14 Abs. 1 lit. f) HMG (vereinfachtes Zulassungsverfahren bei Arzneimitteln für seltene Krankheiten). Zu diesen Forschungsanreizen KLEIST, SÄz [2001] 2221, 2223 ff. und STÜRCHLER, AJP [2002] 883, 892 f.

VIII. Fazit zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen

Rein drittnützige Forschungseingriffe sind einer vertretungsweisen Einwilligung nicht zugänglich. Ihre zivilrechtliche Verpflichtung auf das Kinds- und Mündelwohl verbietet den gesetzlichen Vertretern, nicht im Gesundheitsinteresse liegende Interventionen zuzulassen³⁶². Entgegen den Bestimmungen im Heilmittelgesetz und in der Biomedizin-Konvention ist dieses Verbot auch verfassungsrechtlich zwingend. Daran vermögen die Aussicht auf neue Therapien und der Nutzen für Alters- und Leidensgenossen ebenso wenig zu ändern wie die Geringfügigkeit der erlaubten Forschungseingriffe. Einzig bei Vorliegen einer Forschungsverfügung lassen sich die verfassungsrechtlichen Einwände relativieren. Bei dieser im Voraus freiverantwortlich geäußerten Bereitschaft zur Forschungsteilnahme lässt sich der Instrumentalisierungsvorwurf nicht aufrechterhalten. Freilich bleibt die Feststellung der verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit zumindest nach traditioneller schweizerischer Grundrechtsauffassung von lediglich dogmatischem Interesse, da selbst das Bundesgericht gehalten ist, verfassungswidrige Bundesgesetze anzuwenden³⁶³. Nach überzeugenden neueren Lehrmeinungen kann dieses Anwendungsgebot im Falle von Kerngehaltsverletzungen jedoch nicht gelten³⁶⁴.

Im Ergebnis ist das Verbot rein fremdnütziger Forschung jedoch keineswegs so gravierend, wie das Argument der therapeutischen Verwaisung glauben macht. Forschung ist und bleibt unverzichtbare Voraussetzung medizinischen Fortschritts. Allerdings muss deutlich zwischen therapeutischer und nichttherapeutischer Forschung unterschieden werden. Verfassungsrechtlich inakzeptabel ist nur die rein nichttherapeutische Forschung mit Einwilligungsunfähigen. Therapeutische Forschung und hierzu gehören nebst den individuellen Heilversuchen auch die (placebo-)kontrollierten klinischen Therapiestudien, bleibt auch bei Einwilligungsunfähigen möglich. Die provozierende Frage von J. TAUPITZ, *„ob es die Menschenwürdegarantie gebiete, bewusst auf Fortschritte in der Erkennung von Krankheiten zu verzichten“*³⁶⁵, geht deshalb fehl, weil auf Fortschritte nicht verzichtet werden muss. Letztlich hat die ‚therapeutical orphanage‘ ihren Ursprung in wirtschaftlich bedingten Forschungsdefiziten bei Urteilsunfähigen und nicht in zu rigiden Forschungsvorschriften. Es werden deshalb falsche Zei-

³⁶² I.d.S. auch BGE 114 Ia 350, 363 und WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 177.

³⁶³ Art. 191 BV (Künftig Art. 190 BV; vgl. den Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, AS [2002] 3148 ff.); HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, N 2086 ff.).

³⁶⁴ So KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 18 f. und J. P. MÜLLER, recht [2000] 119, 127.

³⁶⁵ TAUPITZ, JZ [2003] 109, 115 f.

chen gesetzt, wenn die Verwaisungsproblematik dadurch gelöst werden soll, dass rein fremdnützige Forschung legalisiert wird.

§ 12 Einwilligungsunfähige als Organspender

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

I. Begriffliches

Nach Betrachtung der nichttherapeutischen Forschungseingriffe sollen in der Folge die Organ-, Zell- und Gewebespenden unter Lebenden als eine weitere Gruppe rein drittnütziger Eingriffe abgehandelt werden^{366,367}. Es geht um die Frage, inwiefern Einwilligungsunfähige durch Vertreterentscheidung zu Transplantatspendern gemacht werden können. Drei Gerichtsentscheide aus Nordamerika mögen die Problemstellung verdeutlichen³⁶⁸.

³⁶⁶ Zur Lebendspende im Allgemeinen siehe die Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001 [nachfolgend: *Botschaft Transplantationsgesetz*], BBl [2002] 29, 96 ff.; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/29.pdf [Stand: 20. Februar 2004]) und ESSER, in: Kommentar (dt.)TPG, § 8 N 1 ff. Ausgeklammert werden autogene Transplantationen (hierzu: Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 134 f.).

³⁶⁷ An dieser Stelle sei Herrn **Prof. Dr. med. Ernst Leumann**, ehemaliger Leiter der Abteilung Nephrologie an der Universitäts-Kinderklinik in Zürich, herzlich gedankt für die anregende Zusammenarbeit und die wertvollen Hinweise aus seiner jahrelangen Erfahrung im Zusammenhang mit Nierentransplantationen bei Kindern.

³⁶⁸ Zur Kritik dieser Entscheide vgl. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, S. 139 ff. sowie LEBIT, *J Law Health* 7 [1992] 107, 112 ff.

Strunk v. Strunk³⁶⁹

Der 28-jährige Tommy Strunk litt an einer tödlichen Nierenkrankheit. Sein 27-jähriger, geistig schwer behinderter Bruder Jerry war der einzige Verwandte, der als Lebendspender einer Niere in Frage kam. Die Mutter, in ihrer Funktion als gesetzliche Vertreterin von Jerry, ersuchte das Gericht um Erlaubnis, der Nierenexplantation bei Jerry zustimmen zu dürfen. Das Gericht gab dieser Bitte statt mit der Begründung, dass der Verlust seines Bruders das Wohl von Jerry stärker beeinträchtigte als die Nierenentnahme, zumal er emotional stark von ihm abhängig war.

Curran v. Bosze³⁷⁰

Tamas Bosze war sowohl der Vater des 12-jährigen Jean-Pierre Bosze, der an einer akuten Leukämie litt, als auch der Vater der 3½-jährigen Zwillinge Allison und James Curran. Die Zwillinge lebten bei ihrer alleine sorgeberechtigten Mutter Nancy Curran und hatten so gut wie keinen Kontakt zu ihren Halbbruder Jean-Pierre. Nach negativen Kompatibilitätstests bei allen möglichen Verwandten blieben einzig die Zwillinge als potentielle Knochenmarkspender für Jean-Pierre übrig. Der Vater wollte seine Zwillinge auf ihre Eignung als Knochenmarkspender untersuchen lassen. Die Mutter verweigerte diese Untersuchungen erfolgreich.

Cayouette et Mathieu³⁷¹

In diesem Québecer Entscheid wurde eine Knochenmarkentnahme beim 5-jährigen Daniel zugunsten seines leukämiekranken Bruders Stéphane vom Gericht gebilligt. Interessant an dieser Entscheidung ist, dass Daniel trotz seines Kindesalters offensichtlich verstanden hatte, dass die Entnahme zugunsten seines Bruders erfolgen sollte und er auch bereit war, seinem Bruder zu helfen. Trotz dieser Hilfsbereitschaft lehnte er jedoch den Entnahmeakt selbst (Punktion des Beckenkamms) eindeutig ab: "Daniel dit clairement qu' il ne veut pas de piquûre à cette fin"³⁷².

Der erste Entscheid betrifft die Lebendspende eines paarigen Organs, der zweite und der dritte Entscheid die bereits angesprochene Transplantation häma-

³⁶⁹ 445 S.W. 2d 145 [Court of Appeals of Kentucky; 1969].

³⁷⁰ 566 N.E. 2d 1319 [Supreme Court of Illinois; 1990].

³⁷¹ Cour Supérieure, Montréal, R.J.Q. [1987] 2230.

³⁷² R.J.Q. [1987] 2230, 2231.

topoetischer *Stammzellen* aus Knochenmark zur Leukämietherapie³⁷³. Während es oben um die Frage ging, inwieweit Eltern ihr leukämiekrankes Kind einer versuchsweisen Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut unterziehen dürfen, findet hier ein Perspektivenwechsel statt und es fragt sich, ob Eltern ihr *gesundes* Kind durch Vertreterentscheidung zum Knochenmark- resp. Nierenspender machen dürfen.

II. Gesetzliche Regelung

Die Zulässigkeit der Organspende unter Lebenden soll in Art. 12 f. des künftigen Transplantationsgesetzes erstmals gesamtschweizerisch geregelt werden³⁷⁴. Art. 13 des Entwurfes befasst sich mit der Organentnahme bei Urteilsunfähigen. Diese kommen als Spender ganzer *Organe* grundsätzlich nicht in Frage³⁷⁵. Die Entnahme *regenerierbarer* Gewebe und Zellen zu Spendezwecken ist ausnahmsweise erlaubt³⁷⁶, sofern sie für den Empfänger potentiell lebensrettend³⁷⁷ und für den einwilligungsunfähigen Spender nicht mit ‚ernsthaften Risiken‘ verbunden ist³⁷⁸. Als weitere Voraussetzung dürfen keine urteilsfähigen und mündigen Spender zur Disposition stehen³⁷⁹. Ebenso gehen alternative Therapiemöglichkeiten der Entnahme bei Urteilsunfähigen vor³⁸⁰. Andererseits sind ‚Ex-mortuo‘-Entnahmen nach dem schweizerischen Gesetzesentwurf gegenüber der Lebendspende subsidiär³⁸¹. Weiter müssen die gesetzlichen Vertreter nach hinreichender Aufklärung schriftlich einwilligen und der Betroffene darf sich der

³⁷³ Siehe oben Fn. 159 ff. Hämatopoetische Stammzellen aus Knochenmark gelten im Gegensatz zu Blut als Transplantate, weil sie nach der Transfusion lebenslänglich als Fremdzellen im Körper des Empfängers bleiben und sich dort vermehren (Vgl. Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 44).

³⁷⁴ Vgl. den Entwurf zu einem Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl [2002] 247 ff. [nachfolgend: *Entwurf-Transplantationsgesetz*]; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/247.pdf [Stand 20. Februar 2004].

³⁷⁵ Art. 13 Abs. 1 Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁷⁶ Art. 13 Abs. 2 Ingress Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374]. Zum gleichen Ergebnis de lege lata kommt BRÜCKNER, Personenrecht, S. 67, Fn. 112.

³⁷⁷ Art. 13 Abs. 2 lit. d) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁷⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374]; in den parlamentarischen Beratungen wurde die Spendezulässigkeit gar auf ‚*minimal riskante und belastende Entnahmen*‘ eingeschränkt; hierzu Amtl. Bull NR [2003] 2066 und hinten Fn. 422.

³⁷⁹ Art. 13 Abs. 2 lit. b) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁸⁰ Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. d) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁸¹ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 194 ff.; vgl. aber Art. 19 Abs. 1 Biomedizin-Konvention [Fn. 11] und § 8 Abs. 1 Nr. 3 des dt. TPG; hierzu GUTMANN, MedR [1997] 147, 152 und SCHROTH, in: Medizinstrafrecht, S. 274 f.

Entnahme nicht widersetzt haben³⁸². Schliesslich muss die Entnahme von unabhängiger Stelle gebilligt werden³⁸³.

Diese Einschränkungen der Lebendspende im geplanten Transplantationsgesetz entsprechen inhaltlich und strukturell weitgehend Art. 19 und 20 der Biomedizin-Konvention. Während die Konvention aber die Spende regenerierbarer Gewebe und Zellen nur unter Geschwistern erlaubt³⁸⁴, soll nach Transplantationsgesetz auch die Spende vom Kind an die Eltern und umgekehrt möglich sein³⁸⁵. Die in der Biomedizin-Konvention vorgesehene Beschränkung auf Entnahmen zugunsten von Geschwistern wird in der Schweiz als zu restriktiv empfunden. Weil Art. 20 der Konvention jedoch zum änderungsfesten völkerrechtlichen Minimalstandard gehört³⁸⁶, der nach Ratifikation nicht mehr durch milderes Landesrecht aufgeweicht werden darf, ist ein diesbezüglicher Ratifikationsvorbehalt vorgesehen³⁸⁷. In der Folge sollen die am Kapitelanfang eingeführten Entscheide nach den Regelungen des künftigen Transplantationsgesetzes beurteilt werden.

- Die im Fall **„Strunk vs. Strunk“**³⁸⁸ vom Gericht gebilligte Entnahme einer Niere bei einem geistig behinderten Menschen wäre in der Schweiz de lege ferenda verboten. Urteilsunfähigen sollen keine ganzen Organe entnommen werden dürfen³⁸⁹.
- Im Fall **„Curran vs. Bosze“**³⁹⁰ wurde die Knochenmarkspende mit der Begründung untersagt, dass die potentiell spendenden Zwillinge zu ihrem Halbbruder keine Beziehung hätten. Nach dem Entwurf zum Transplantationsgesetz ist die Entnahme von Knochenmarkflüssigkeit, zumal regenerierbar, auch bei Einwilligungsunfähigen zulässig. Allerdings ist nach dem Entwurf unklar, ob auch Entnahmen zugunsten von *Halbgeschwistern* zu-

³⁸² Art. 13 Abs. 2 lit. e) und g) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁸³ Art. 13 Abs. 2 lit. h) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374]. Diese Zustimmung soll durch Zivilgerichte oder vormundschaftliche Aufsichtsbehörden erfolgen (Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 147).

³⁸⁴ Art. 20 Abs. 2 ii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

³⁸⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁸⁶ Art. 26 Abs. 2 Biomedizin-Konvention

³⁸⁷ Zum Ganzen Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 196.

³⁸⁸ Oben Fn. 369.

³⁸⁹ Zum gleichen Ergebnis im geltenden Recht gelangen BRÜCKNER, Personenrecht, S. 67 (dortige Fn. 112) und SPRUMONT, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi, Corbaro 9 [1999] S. 90 (mit Verweis auf BGE 114 Ia 350, 363); zur Verbreitung von Nierenentnahmen bei Kindern DELMONICO/HARMON, American Journal of Transplantation [2002] 2 (4): 333 ff.

³⁹⁰ Oben Fn. 370.

lässig sein sollen³⁹¹. Im Entwurf ist lediglich die Rede von „Geschwister“³⁹². Hält man sich bei der Auslegung strikte an den Wortlaut, dann sind *Halbgeschwister* vom Begriff *Geschwister* wohl nicht mitumfasst. Eine analoge Ausdehnung der Entnahmezulässigkeit auf Halbgeschwister liesse sich allenfalls mit der ratio legis von Art. 13 Abs. 2 des Entwurfs begründen. Der Entwurf zum Transplantationsgesetz geht nämlich gerade in Bezug auf den möglichen Kreis urteilsunfähiger Spender über die völkerrechtlichen Vorgaben hinaus und erlaubt nicht nur die Spende zwischen Geschwistern sondern auch zwischen Kindern und Eltern³⁹³. Diese Erweiterung des Spenderkreises sei gerechtfertigt, weil nicht einsehbar sei, „*weshalb nicht auch einer anderen nahe verwandten Person gespendet werden darf*...“³⁹⁴. Bei der Bezeichnung der möglichen Spender wird abgestellt auf die emotionale Verbundenheit zwischen Spender und Empfänger und somit auf eine Nähe, wie sie idealerweise zwischen Familienangehörigen bestehen sollte. Diese emotionale Nähe kann auch Halbgeschwister verbinden. Fehlt jedoch wie im Fall *Curran v. Bosze* eine solche Verbundenheit zum empfangenden Halbgeschwister³⁹⁵, so müsste eine Entnahme wohl auch nach dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers unterbleiben.

- Beurteilt man den Fall **,Cayotte et Mathieu’**³⁹⁶ nach den Regeln des Entwurfs zum Transplantationsgesetz, dann stellt sich die heikle Frage, ob die Verweigerung jeglicher „piqûres“ als Ablehnung der Entnahme im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. g) des Entwurfs zu interpretieren ist, wonach keine Anzeichen vorhanden sein dürfen, „*die erkennen lassen, dass sich die urteilsunfähige Person einer Entnahme widersetzen würde*.“ Die Quebecer Entscheidung ist ein schillerndes Beispiel für die Probleme im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von ‚natürlichen‘ Willensäußerungen Urteilsunfähiger³⁹⁷. So wurde dem 5-jährigen Daniel hinsichtlich der Transplantation sogar Urteilsfähigkeit attestiert und trotzdem wurde seine Angst vor Nadeleinstichen und damit seine Verweigerung des Entnahmeeingriffs

³⁹¹ Auch die Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366] klärt die Frage nicht (BB1 [2002] 29, 146).

³⁹² Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

³⁹³ Siehe Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374] im Vergleich zu Art. 20 Abs. 2 ii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; hierzu oben Fn. 385.

³⁹⁴ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BB1 [2002] 29, 196.

³⁹⁵ Vgl. Entscheidbesprechung bei GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, S. 141.

³⁹⁶ Oben Fn. 371.

³⁹⁷ Eingehend AMELUNG, *Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger*, S. 16 f.; zu Vetorechten Urteilsunfähiger im Allgemeinen siehe oben Fn. 182 ff.

als unbeachtlich eingestuft, da die Punktion des Beckens unter Vollnarkose erfolge und Daniel deshalb die Einstiche gar nicht bemerken könne³⁹⁸. Wie bereits erwähnt, folgen die verschiedenen in der neueren medizinrechtlichen Gesetzgebung vorgesehenen Vetorechte³⁹⁹ dem generellen Trend, die bei ‚Urteilsunfähigen‘ schon oder noch vorhandenen intellektuellen Fähigkeiten zu berücksichtigen. Allerdings ist nicht jedes Eingriffsveto eines Urteilsunfähigen gleichermassen zu respektieren. Verweigert der Urteilsunfähige einen lebensnotwendigen Eingriff, lässt sich diese Verweigerung mit dem ‚weich paternalistischen‘ Argument übergehen, dass der Urteilsunfähige in seinem längerfristigen Interesse vor sich selbst zu schützen sei⁴⁰⁰. Dieser Paternalismus lässt sich seinerseits begründen: Wo der natürliche Widerwille das Leben des Urteilsunfähigen bedroht, erscheint eine paternalistische Missachtung seiner Weigerung legitim, zumal die Befolgung der Eingriffsverweigerung im Ergebnis auf eine in sich widersprüchliche Anerkennung eines subjektiven Rechts auf Auslöschung seiner Rechtssubjektivität hinauslaufen würde⁴⁰¹. Wo solch paternalistische Fürsorge hingegen ausscheidet, weil nicht im Interesse des Betroffenen eingegriffen wird, muss das Veto stets respektiert werden. Dies trifft namentlich auf rein drittnützige Eingriffe wie die Organentnahme zu. Hier soll das Vetorecht die Würde des Einwilligungsunfähigen wahren⁴⁰². Art. 13 Abs. 2 lit. g) des Entwurfs macht mit der Respektierung von Spende- und Organentnahmen Ernst. Die im Fall ‚Cayoutte et Mathieu‘ gebilligte Entnahme von Knochenmarkflüssigkeit gegen den Willen des spendenden Kindes liesse sich mit dem künftigen Schweizer Transplantationsgesetz somit nicht in Einklang bringen.

III. Verfassungsmässigkeit

Die Beurteilung der angeführten Grenzfälle fällt nach dem Entwurf zum Transplantationsgesetz vergleichsweise leicht. Die Regeln des Entwurfs erscheinen auf den ersten Blick ausgewogen und zustimmungswürdig. Doch sind Organ-, Gewebe- und Zellspenden aus Spendersicht medizinisch nicht indizierte, mit

³⁹⁸ R.J.Q. [1987] 2230, 2232 f.

³⁹⁹ Siehe etwa Art. 55 Abs. 1 lit. d) HMG; Art. 17 Abs. 1 v) Biomedizin-Konvention [Fn. 11] sowie Art. 7 Abs. 2 Ingress VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485).

⁴⁰⁰ Zum ‚soft paternalism‘ REHBOCK, EthikMed [2002] 131, 132 sowie SEELMANN, in: FS-Schreiber, S. 855; weiter SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 516.

⁴⁰¹ Vgl. auch AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 23 f. und 29.

⁴⁰² So explizit AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 29 f. Vgl. auch ROTH-ÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, MedR [1999] 293, 297 f., die im Verweigerungsrecht des Einwilligungsunfähigen einen Beitrag zum Schutze seines Persönlichkeitsrechtes sehen.

Risiken und Unannehmlichkeiten verbundene Eingriffe, die den gesundheitlichen Eigeninteressen des Spenders zuwiderlaufen⁴⁰³. Gesetzliche Vertreter, die Transplantatentnahmen bei Einwilligungsunfähigen zustimmen, überschreiten deshalb ihre an das Betroffenenwohl gebundenen Vertretungsbefugnisse⁴⁰⁴. Weil Transplantationen im ausschliesslichen Interesse des Empfängers erfolgen, stellen sie überdies ein geradezu lehrbuchhaftes Beispiel rein drittnützigen Eingreifens dar⁴⁰⁵. Angesichts des fremdbestimmten Spendeentscheids besteht die Gefahr, dass Einwilligungsunfähige zur blossen Organressource und damit zum Gegenstand für die Überlebensinteressen des Empfängers gemacht werden. Die Instrumentalisierungsproblematik stellt sich somit bei Organspenden im gleichen Masse wie bei nichttherapeutischer Forschung⁴⁰⁶. Die grundsätzliche Fragwürdigkeit rein drittnütziger Inanspruchnahme erkennt auch der Bundesrat, wenn er in seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz ausführt: „Gerade weil es sich um einen Eingriff zum therapeutischen Nutzen einer Drittperson handelt, kommt dem Schutz der Menschenwürde ... besonderes Gewicht zu.“⁴⁰⁷ Allerdings bleibt es beim blossen Schutzbekenntnis, zumal Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen allen grundrechtlichen Bedenken zum Trotz künftig erlaubt sein sollen⁴⁰⁸. Nachdem die Entwurfsregelungen oben anhand konkreter Fallkonstellationen auf ihre ‚Praxistauglichkeit‘ hin untersucht wurden, soll in der Folge untersucht werden, inwiefern die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen durch die engen Entnahmerestriktionen von Art. 13 des Entwurfs zerstreut werden können. Es geht mit anderen Worten um die Frage, ob die in den einzelnen Entnahme-einschränkungen enthaltenen Befürworterpositionen überzeugende Argumente zugunsten der rein drittnützigen Entnahmen bei Einwilligungsunfähigen liefern.

⁴⁰³ BGE 117 Ib 197, 201; GARWOOD-GOWERS, Living Donor Organ Transplantation, S. 121; SPRUMONT, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi, Corbaro 9 [1999], S. 89.

⁴⁰⁴ DONATSCH, in: Tod, Hirntod und Organentnahme, S. 88; SCHÖNING, Organtransplantation, S. 215 f. m.H. Weiter BGE 114 Ia 350, 363: „Il [représentant légal] ne saurait de tout façon consentir à livrer son protégé à ... une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique“. Für die dt. Rechtslage siehe ESSER, in: Kommentar (dt.) TPG, § 8 N 22 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. die Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 145; SPRUMONT, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi, Corbaro 9 [1999], S. 92 f.

⁴⁰⁶ Vgl. oben Fn. 228; AUGUSTIN, ZSR [2001] 163, 165 f.; BOCK, Organentnahme S. 91 f.; eindringlich LAUFS, in: rechtliche Fragen der Organtransplantation, S. 64.

⁴⁰⁷ BBl [2002] 29, 145.

⁴⁰⁸ Die Verfassungsmässigkeit des Transplantationsgesetzes wird in der Botschaft nur hinsichtlich Rechtsetzungszuständigkeiten, nicht aber hinsichtlich Grundrechtskonformität (etwa mit Art. 7 BV) thematisiert, BBl [2002] 29, 198.

IV. Nutzenbezogene Rechtfertigung der Entnahmen

1. Beschränkung auf regenerierbare Gewebe und Zellen

Zunächst fällt auf, dass Einwilligungsunfähigen nur regenerierbare Gewebe und Zellen jedoch keine Organe entnommen werden dürfen⁴⁰⁹. Offenbar schreckte der Gesetzgeber - im Gegensatz zum ‚*Court of Appeals of Kentucky*‘⁴¹⁰ - davor zurück, Einwilligungsunfähigen die mit der Spende einer Niere einhergehende schwere Körperverletzung zuzumuten⁴¹¹. Die nach Transplantationsgesetz erlaubten Gewebe- und Zellentnahmen wird man als einfache Körperverletzungen einstufen können⁴¹². Dahinter steht die Vorstellung, dass potentiell lebensrettende Zell- oder Gewebespenden angesichts der Geringfügigkeit des Entnahmeaktes gerechtfertigt sein sollen⁴¹³. Dies stellt eine ebenso unzulässige Verharmlosung drittnütziger Inanspruchnahme dar, wie die oben abgehandelte Beschränkung auf minimal riskante und belastende Forschungseingriffe⁴¹⁴. Darüber hinaus erscheint höchst zweifelhaft, ob sich die bei Knochenmarkspenden notwendige Beckenkammpunktion unter Vollnarkose⁴¹⁵ hinsichtlich Eingriffsintensität und Operationsrisiken als Bagatelleingriff qualifizieren lässt. Dass für Gewebe- und Zellspenden eine Ausnahme vom grundsätzlichen Entnahmeverbot gemacht wurde, lässt sich also nicht mit der Geringfügigkeit des Entnahmeingriffes erklären. Der Verzicht auf ein *umfassendes* Entnahmeverbot lässt sich vielmehr damit begründen, dass ansonsten so etablierte Verfahren wie die Transplantation hämatopoetischer Stammzellen aus Knochenmark zwischen HLA-kompatiblen Geschwistern verunmöglicht worden wären, was im Ergebnis ‚unbillig‘ sei⁴¹⁶. Solche Begründungen übersehen freilich, dass die bloße

⁴⁰⁹ Art. 13 Abs. 1 und 2 Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374], vgl. hierzu die Botschaft, BBl [2002] 29, 146.

⁴¹⁰ Strunk v. Strunk [1969], 445 S.W. 2d 145; vgl. oben Fn. 369.

⁴¹¹ Anders noch SCHÖNING, Organtransplantation, S. 218 f. (dortige Fn. 38), der die Spende nichtregenerierbarer Organe ‚ausnahmsweise‘ zulassen will zwischen eineiigen Zwillingen. Bei dieser sog. ‚isograft-donation‘ sind infolge der genetischen Identität von Spender und Empfänger Abstossungsreaktionen ausgeschlossen; s. LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 112 ff.

⁴¹² SCHÖNING, Organtransplantation, S. 207.

⁴¹³ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 146: „Unter Inkaufnahme eines medizinisch vertretbaren Risikos kann ...das Leben eines Geschwisters gerettet werden“. Vgl. auch BIRNBACHER, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 257; DUMOULIN, Transplantation d'organes, S. 75 und KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 262.

⁴¹⁴ Vgl. Fn. 262 ff.

⁴¹⁵ Vgl. Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 44.

⁴¹⁶ BRÜCKNER, Personenrecht, S. 67 (dortige Fn. 112); SCHÖNING, Organtransplantation, S. 218 m.H.

Wünschbarkeit von Knochenmarkspenden zwischen Geschwistern für sich kein Zulässigkeitsargument ist⁴¹⁷.

Im Übrigen bleiben die nach Transplantationsgesetz zulässigen Entnahmen nicht zwingend auf Bagatelleingriffe beschränkt. Dies verdeutlicht eine genaue Lektüre von Art. 13 Abs. 2 des Entwurfes. Zwar zielt diese Regelung offenkundig auf Knochenmarkspenden ab, doch wäre auch die Entnahme von Lebergewebe bei Einwilligungsunfähigen vom Wortlaut gedeckt, zumal sich der nach Teilresektion verbleibende Leberlappen innerhalb von drei bis sechs Wochen zu normaler Grösse und Funktionsfähigkeit regeneriert⁴¹⁸. Auch die Botschaft zum Transplantationsgesetz klärt die Frage nicht, ob regenerierbares Organgewebe entnommen werden darf. Danach dürfen Urteilsunfähigen zwar nur regenerierbare Gewebe oder Zellen, nicht aber Organe entnommen werden. Als regenerierbar gelten aber Gewebe, die ihre Funktion nach einer Teilentfernung wiederherstellen können⁴¹⁹. Die Befürchtung einer extensiven Auslegung der Regenerierbarkeit wird zusätzlich genährt durch die Erläuterungen zu Art. 20 der Biomedizin-Konvention: „If, at the present time, bone marrow transplants among brothers and sisters is the most important situation which meets with the condition of this article, the formula ‘regenerative tissue’ takes into account future developments in medicine.“⁴²⁰ Mit der operativen Teilresektion einer Leber wird jedoch definitiv die Grenze dessen überschritten, was einem Einwilligungsunfähigen an fremdnütziger Körperverletzung noch zumutbar ist⁴²¹. Auf diesbezügliche Kritik hin hat die parlamentarische Gesundheitskommission (SGK) Art. 13 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes enger gefasst und die bei Urteilsunfähigen zulässigen Explantationen auf minimal riskante und belastende Entnahmen beschränkt⁴²². Teilresektionen der Leber bei Urteilsunfähigen dürften damit ausgeschlossen sein.

Zusammenfassend ändern weder die Eingrenzung zulässiger Entnahmen auf regenerierbare Transplantate noch die vermeintliche Geringfügigkeit des Ent-

⁴¹⁷ ESSER, in: Kommentar (dt.)TPG, § 8 N 22 f.; KOPETZKI, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 250 f.

⁴¹⁸ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 38 und 96.

⁴¹⁹ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 146 und dortige Fn. 58.

⁴²⁰ COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 124.

⁴²¹ GARWOOD-GOWERS, Living Donor Organ Transplantation, S. 131. Zu Risiken für Lebendspender von Lebern vgl. LACAILLE/SOKAL, J Pediatr Gastroenterol Nutr. [2001] 33 (4): 431 ff.

⁴²² Amtl. Bull NR [2003] 2076 [GROSS]. Der Nationalrat hat diese strengeren Entnahmevoraussetzungen diskussionslos angenommen (Amtl. Bull NR [2003] 2066).

nahmeaktes etwas an den grundrechtlichen Bedenken gegenüber rein drittnütziger Inanspruchnahme von Einwilligungsunfähigen.

2. Spende einschränkung auf Familienangehörige

Es geht immer noch um die Frage, ob sich aus den Spende einschränkungen des Entwurfs zum Transplantationsgesetz überzeugende Argumente zugunsten rein drittnütziger Entnahmen bei Urteilsunfähigen gewinnen lassen. Wie eben dargelegt, werden die verfassungsrechtlichen Bedenken durch die Beschränkung auf regenerierbare Transplantate nicht ausgeräumt. Die Zulässigkeit der Gewebe- und Zellentnahme bei Urteilsunfähigen ist zweitens auf Spenden im engsten Familienkreis beschränkt. Eine Beschränkung, die jeweils mit der erhöhten Gewebekompatibilität zwischen genetisch Verwandten begründet wird⁴²³. Diese auf die Empfängerinteressen gerichtete Begründung verkennt, dass die Lebendspende als rein drittnütziger und gesundheitsschädlicher Eingriff vor allem dem Spender gegenüber zu legitimieren ist. In der Botschaft zum Transplantationsgesetz wird die Drittnützigkeit zwar eingeräumt, da die Lebendspende aber für die empfangenden Geschwister oder Eltern lebensrettend sei, erfolge die Entnahme gleichwohl im Interesse des einwilligungsunfähigen Spenders⁴²⁴. Durch die stellvertretend erlaubte Spende werde verhindert, dass das Kind zur Halbwaise wird oder ein Geschwister verliert⁴²⁵. Diese Argumentation dürfte sich letztlich auf die „*Strunk versus Strunk*“⁴²⁶ Entscheidung des Kentucky Court of Appeals zurückführen lassen, wo die Nierenentnahme mit der Begründung erlaubt wurde, das Überleben des (empfangenden) Bruders liege angesichts der emotionalen Verbundenheit längerfristig im eigenen Interesse des geistig behinderten Spenders.

Argumentiert wird mit dem mittelfristigen, potentiellen Nutzen der momentan rein fremdnützigen Spende⁴²⁷. Zweifellos liegt das Überleben der Eltern oder eines Bruders im Interesse des Kindes, doch liesse sich mit diesem Argument

⁴²³ COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 123.

⁴²⁴ Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 146.

⁴²⁵ JUNG, MedR [1996] 355, 359; SCHÖNING, Organtransplantation, S. 218 f. m.w.H.

⁴²⁶ Vgl. Fn. 369.

⁴²⁷ AUGUSTIN, ZSR [2001] 163, 173; GARWOOD-GOWERS, Living Donor Organ Transplantation, S. 141 ff spricht von „*prospective psychological benefit from donating*“.

auch besagte Leberteilspende rechtfertigen⁴²⁸. Ausserdem ist das Überleben des Empfängers von Blutstammzellen aus Knochenmark keineswegs so gewiss, wie dies von den Befürwortern unterstellt wird. Auch bei weitgehender Gewebekompatibilität besteht ein beträchtliches Risiko tödlich verlaufender Abstossungsreaktionen⁴²⁹. Um die befürwortende Argumentation⁴³⁰ umzukehren: Nicht nur die Mitverantwortung für den Tod eines Familienangehörigen infolge unterbliebener Spende, sondern auch die Gewissheit, dass das empfangende Geschwister an den Folgen der Transplantation gestorben ist, kann ein schwer zu verarbeitendes Trauma sein⁴³¹. Vorläufig kann festgehalten werden, dass auch die Beschränkung des Empfängerkreises auf Familienangehörige nichts an der Unvereinbarkeit des fremdnützigen Entnahmeaktes mit den gesundheitlichen Eigeninteressen des Spenders ändert. Auf die Besonderheiten bei Spenden zwischen Familienangehörigen wird sogleich zurückzukommen sein (4.).

3. Interessenkonflikte

Ein weiteres ungelöstes Problem bei der stellvertretend erlaubten Spende unter Familienangehörigen sind die unausweichlichen Interessenkonflikte der Eltern. So muss nach Art. 13 Abs. 2 lit. h) des Entwurfes eine unabhängige Instanz der Entnahme zustimmen. Diese hat zu prüfen, „*ob sich der gesetzliche Vertreter in einem Interessenkonflikt befindet*“⁴³². Bei dieser Prüfung kann es jedoch nicht bleiben. Denn unabhängig davon, ob die Eltern Empfänger sind oder über eine Spende zwischen ihren Kindern entscheiden, haben sie eigene Interessen, die denjenigen des spendenden Kindes widersprechen. Eltern, die einer Gewebeentnahme zustimmen, werden geltend machen, dass sie von Gesetzes wegen zur Lebensrettung ihres empfangenden Kindes verpflichtet sind. Diese Pflicht zur Lebensrettung wiege schwerer als das Gebot, die Einwilligung in die bloss körperverletzende Transplantatentnahme zu unterlassen⁴³³. Ein unvoreingenommener Vertreterentscheid erscheint undenkbar⁴³⁴. Nach den diesbezüglich spe-

⁴²⁸ Nach KERN, FamRZ [1981] 738, 739 f., verbietet sich ein Abstellen auf mittelbare Folgen der Entnahme. Weitere Kritik bei BOCK, Organentnahme, S. 137 und LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 112 ff.

⁴²⁹ Zu dieser sog. ‚Transplantat gegen Wirt Reaktion‘, vgl. GRATWOHL et al., Blood [2002] 100 (12): 3877 ff.

⁴³⁰ JUNG, MedR [1996] 355, 359.

⁴³¹ ESSER, in: Kommentar (dt.)TPG, § 8 N 24.

⁴³² Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BB1 [2002] 29, 147; vgl. auch Fn. 383 oben.

⁴³³ LAMB, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi, Corbaro 9 [1999] S. 77 f. Zur Kollision von Handlungs- mit Unterlassungspflichten vgl. C. ROXIN, AT I, § 16 N 102

⁴³⁴ AUGUSTIN, ZSR [2001] 163, 173; BOCK, Organentnahme, S. 137 f.

zielleren Regeln des Vormundschaftsrechtes müssten die Eltern von der Vertretung des spendenden Kindes ausgeschlossen und ein Beistand ernannt werden⁴³⁵. Mit dem vormundschaftsrechtlichen Entzug der elterlichen Einwilligungszuständigkeit sind die Probleme bei drittnützigen Transplantatentnahmen jedoch nicht gelöst, sondern bloss verlagert. Auch der Beistand ist bei seinem Einwilligungsentscheid an das Wohl des Vertretenen gebunden. Zusammenfassend trägt somit die behördliche Interventionsmöglichkeit nichts Entscheidendes zur Entnahmelegitimierung bei.

4. Notstandssituation

Bei näherer Betrachtung schaffen die Spendevoraussetzungen nach Art. 13 des Entwurfes zum Transplantationsgesetz einen spezialgesetzlichen Notstandshilfetatbestand: Der Empfänger muss in seinem Überleben bedroht und die Gewebeentnahme beim Einwilligungsunfähigen einzig taugliches Mittel zur Abwendung dieser Lebensbedrohung sein⁴³⁶. Durch die Beschränkung auf risikoarme Entnahmen⁴³⁷ wird das wesentliche Überwiegen der Empfängerinteressen gesetzlich abgesichert. Die wichtigsten Tatbestandselemente der Notstandshilfe liegen somit vor⁴³⁸. Doch können Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen wirklich nach den Prinzipien der Notstandshilfe gerechtfertigt werden?⁴³⁹

Letztlich bleibt es wiederum eine Frage der Verrechnungsschranken im Notstand, ob das spendende Kind Entnahmen als Ausdruck der Minimalsolidarität seiner Familie gegenüber erdulden muss, oder ob Art. 7 BV vor derartiger Inanspruchnahme schützt. Für die Duldungspflicht spricht, dass mit der Beschränkung auf Spenden an Familienangehörige eine Beziehungsnähe gefordert wird, mit dem auch in anderen Bereichen Pflichten zur positiven Zuwendung begrün-

⁴³⁵ Art. 392 Ziff. 2 ZGB; SCHÖNING, Organtransplantation, S. 220 m.H.; BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 304 N 4. In einem Tübinger Fall wurden die Eltern vom Entscheid über eine Knochenmarkspende zwischen ihren Kindern wegen Interessenkonflikten ausgeschlossen und ein Ergänzungspfleger eingesetzt; Beispiel und berechtigte Kritik bei LAUFS, in: rechtliche Fragen der Organtransplantation, S. 65.

⁴³⁶ Zur den ‚tauglichen‘ Alternativen, die der Entnahme bei Urteilsunfähigen vorgehen vgl. Fn. 379 ff.

⁴³⁷ Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374]; vgl. auch Fn. 422.

⁴³⁸ Eingehend DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 82 ff.

⁴³⁹ Zum hier nicht diskutierten Konkurrenzverhältnis zwischen der allgemeinen (§ 34 [dt.] StGB) und spezialgesetzlichen Notstandshilferegelungen DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 148 ff.

det werden⁴⁴⁰. So ist auch die bei unechten Unterlassungsdelikten verletzte Handlungspflicht geknüpft an eine Garantenstellung, wie sie normalerweise zwischen Familienangehörigen besteht⁴⁴¹. Gegen die Beanspruchung Urteilsunfähiger als Transplantatspender spricht aber auch hier die Erkenntnis, dass nicht jede Verletzung nach Gesichtspunkten des überwiegenden Interesses gerechtfertigt werden sollte. Dies wurde bereits am Beispiel der zwangsweisen Blutspende erläutert⁴⁴². Man mag gegen solche deontologischen Abwägungseinschränkungen einwenden, dass es einen qualitativen Unterschied mache, ob voll Urteilsfähigen *gegen* ihren Willen Transplantate entnommen werden, oder ob Urteilsunfähige lediglich *ohne* ihren zustimmenden Willen zur Spende herangezogen werden⁴⁴³. Nur im ersten Fall werde ein ablehnender Wille gebrochen und damit das Freiheitsprinzip überwiegenden Interessen geopfert. Diese Sichtweise ist nur schon deshalb unhaltbar, weil auch bei Einsichtsfähigen nicht nur die verweigerte sondern auch die zustimmungslose (eigenmächtige) Entnahme als mit dem Autonomieprinzip unvereinbar gelten muss⁴⁴⁴. Gegen die Zulassung von Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen spricht weiter, dass diese im Ergebnis auf eine Spendeverpflichtung hinausläuft. Von „Spende“ als freiwilliger Akt altruistischer Zuwendung lässt sich nicht sinnvoll sprechen⁴⁴⁵. Zusammenfassend zwingt die besondere Beziehungsnähe zwischen Spender und Empfänger einerseits zur Relativierung des Instrumentalisierungseinwandes⁴⁴⁶. Erschwerend wirkt andererseits, dass bei Transplantatentnahmen die *Leiblichkeit* Einwilligungsunfähiger zum Gegenstand von Solidaritätspflichten gemacht, was im Lichte der Würdegarantie von Art. 7 BV als besonders gravierend gelten muss⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Z.B. Art. 159 Abs. 3 und Art. 276 f. ZGB.

⁴⁴¹ STRATENWERTH, AT I, § 14 N 13. Für Blut- nicht aber Organspenden gleich argumentierend KÜHL, AT, § 8, N 173 und SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 N 18 StGB. Allgemein BAYER, in: Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, S. 86.

⁴⁴² Vgl. oben Fn. 276 passim.

⁴⁴³ Eine derartige Nuancierung implizieren KERN, FamRZ [1981] 738, 739 und SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 515 f.

⁴⁴⁴ LAUFS, in: rechtliche Fragen der Organtransplantation, S. 62 f.; SCHMIDT-DIDCZUHN, ZRP [1991] 264, 265; SCHÖNING, Organtransplantation, S. 233.

⁴⁴⁵ DONATSCH, in: Tod, Hirntod und Organentnahme, S. 89.

⁴⁴⁶ I.d.S. J. FISCHER, SÄZ [1999] 1110, 1111 f. (allerdings im Kontext fremdnütziger Forschungseingriffe).

⁴⁴⁷ SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 580 f.

V. Autonomiebezogene Rechtfertigung der Entnahmen

Die bisherigen Ausführungen handelten ausschliesslich von Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Kindern. Die Biomedizin-Konvention⁴⁴⁸ und der Entwurf zum Transplantationsgesetz⁴⁴⁹ erlauben jedoch die Spende zwischen Geschwistern unabhängig vom Alter des urteilsunfähigen Spenders. Somit wäre beispielsweise eine Zellentnahme bei einem infolge Demenzerkrankung urteilsunfähigen 70-Jährigen zugunsten seiner Schwester von den genannten Regelungen mitumfasst. Darüber hinaus ermöglicht das Transplantationsgesetz nebst Entnahmen zugunsten von Eltern und Geschwistern Urteilsunfähiger auch die Spende **urteilsunfähiger Eltern** an ihre Kinder⁴⁵⁰. Zu denken ist etwa an Zellentnahmen bei einer unfallbedingt bewusstlosen Mutter. Das bisher Gesagte lässt sich nicht unbesehen auf diese Sonderkonstellationen übertragen. Von den seit Geburt urteilsunfähigen Kindern unterscheiden sich die urteilsunfähigen Erwachsenen dadurch, dass sie eine ehemals vorhandene Urteilsfähigkeit infolge einer Demenzerkrankung oder einer Bewusstlosigkeit *verloren haben*. Solche Spenden ehemals urteilsfähiger Personen sind nicht nur unter dem Blickwinkel des Spenderwohls zu beurteilen, auch deren potentielle Spendebereitschaft muss eruiert werden⁴⁵¹. Bei urteilsunfähigen Kindern ist es unsinnig, nach einer potentiellen Befürwortung oder Ablehnung der Spende zu fragen. Sie haben einen diesbezüglichen Willen nie bilden können⁴⁵². Bei urteilsunfähigen Erwachsenen hingegen kann man sich fragen, ob deren mutmassliche Spendebereitschaft eine Entnahme zu rechtfertigen vermag (1.). Darüber hinaus soll für diese Personen-Gruppe noch die Möglichkeit erörtert werden, den Spendewillen in einer Patientenverfügung bindend festzuhalten (2.).

1. Mutmassliche Spendebereitschaft

Lassen sich Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen über eine bloss gemutmasste Spendezustimmung rechtfertigen? Zumindest eine früher geäusserte *Ablehnung* von Organentnahmen soll über die eigene Urteilsfähigkeit

⁴⁴⁸ Art. 20 Abs. 2 ii) Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

⁴⁴⁹ Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

⁴⁵⁰ Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374].

⁴⁵¹ Art. 9 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; REHBERG, in: Handbuch Arztrechts S. 309 f.

⁴⁵² DONATSCH, in: Tod, Hirntod und Organentnahme S. 89; GARWOOD-GOWERS, Living Donor Organ Transplantation, S. 139; LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 109 f. MERKEL, in: Medizinstrafrecht, S. 165.

hinaus wirken können⁴⁵³. Ob dies auch für die *Befürwortung* der Spende gilt, ist umstritten. Es geht hier um die Kontroverse, ob bei gemutmasster Zustimmung auch objektiv schädliche Eingriffe gerechtfertigt werden können⁴⁵⁴. Es werden im Wesentlichen drei Positionen vertreten:

- Nach einer ersten Meinung soll alleine auf den mutmasslichen Willen abgestellt werden können, unter Vernachlässigung der objektivierten Gesundheitsinteressen⁴⁵⁵. Hierfür spricht in unserem Fall, dass Eltern mit ganz grosser Wahrscheinlichkeit zu einer Spende an ihre Kinder bereit wären, wenn sie gefragt werden könnten. Kann eine Entnahme, die dem Willen der urteilsunfähigen Mutter entspricht, nur deshalb verboten sein, *„weil dieser Wille nach der Meinung eines objektiven Drittbeurteilers nicht ihrem wahren Interesse dient“*⁴⁵⁶? Dagegen lässt sich einwenden, dass wer die bloss gemutmasste Spendebereitschaft der Mutter wie eine aktuelle Einwilligung zur Spende behandelt, ihr eine Willensäusserung unterstellt, die ja gerade fehlt. Ein mutmasslicher ist eben kein wirklicher Wille, sondern ein normatives Konstrukt⁴⁵⁷.
- Nach einer Gegenmeinung kann trotz gemutmasster Spendeeinwilligung auf die Mitberücksichtigung der Gesundheitsinteressen des Spenders nicht verzichtet werden⁴⁵⁸. Bei dieser Lehrmeinung bleibt vorerst ungeklärt, weshalb der Bluttransfusionen entgegenstehende Wille eines Zeugen Jehovas zu respektieren ist⁴⁵⁹, obwohl diese gemutmasste Transfusionsverweigerung den Gesundheitsinteressen noch viel krasser zuwider läuft als Transplantatentnahmen. Dieses Dilemma lässt sich lösen, indem man für die *Unterlassung* notwendiger Eingriffe die mutmassliche Eingriffsverweigerung genügen lässt, die *Vornahme* rein drittnütziger Eingriffe jedoch wegen des ,an-

⁴⁵³ LENCKNER, in: Schönke/Schröder²⁶, Vorbem. §§ 32 ff N 57; WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 164.

⁴⁵⁴ Umfassend HACKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 3 ff.; s.a. unten Fn. 586 ff.

⁴⁵⁵ LENCKNER, in: Schönke/Schröder²⁶, Vorbem. §§ 32 ff N 54; nunmehr im Gegensatz zur Voraufgabe auch TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 154 f. Gl. M. aber mit Beschränkung auf einfache Körperverletzungen DONATSCH, in: Tod, Hirntod und Organentnahme, S. 87 f.

⁴⁵⁶ ROXIN, AT I, § 18 N 7.

⁴⁵⁷ Dies räumt auch ROXIN, AT I, § 18 N 4 ein; weiter BUSSMANN, Heileingriffe, S. 78; G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 548.

⁴⁵⁸ STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 368; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 28.

⁴⁵⁹ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 26 / 30; zweifelnd G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 546.

deren Interessenhintergrundes‘ nicht über die mutmassliche Einwilligung sondern nach Regeln der Notstandshilfe beurteilt⁴⁶⁰.

- Nach einer vermittelnden Lösung gibt „das objektive Interesse ... das Referenzmass dafür ab, wie deutlich der Patient seinen abweichenden Willen zum Ausdruck bringen muss: Die Indizien für einen abweichenden Willen müssen umso ausgeprägter sein, je grösser die Abweichung vom ‚Normalen‘ sein soll“⁴⁶¹. Genau diese Deutlichkeit der Behandlungsverweigerung erlaubt es, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas selbst dann zu unterlassen, wenn deren Überleben davon abhängt. Transplantatentnahmen, auch wenn sie zugunsten der eigenen Kinder erfolgen, laufen den objektiven Gesundheitsinteressen der Eltern ebenfalls zuwider. Umso deutlicher müssen sich deshalb die Anzeichen für eine Spendebereitschaft belegen lassen. Stützt sich die Mutmassung bloss auf vage Indizien zugunsten einer Spende, wird dies für die Unterstellung einer Spendebereitschaft nicht ausreichen.

2. Spendeverfügung

Blosse Mutmassungen reichen zur Unterstellung einer Spendebereitschaft nicht aus. Wie aber stünde es, wenn der Spendewille in einer detaillierten ‚Patientenverfügung‘ dokumentiert wäre? Diese Frage ist reichlich hypothetisch, denn im Gegensatz zu sog. Organspendeausweisen im Hinblick auf postmortale Organspenden wird sich wohl kaum je eine Verfügung zur Lebendspende für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit finden lassen⁴⁶². Vorab Einwilligungen zu *drittnützigen* Eingriffen wurden oben am Beispiel von Forschungsverfügungen im Zusammenhang mit Demenzerkrankungen erläutert⁴⁶³. Die Einwände gegen die Wirksamkeit antizipierter Einwilligungserklärungen sind für Forschungs- und Spendeverfügungen die gleichen. Auch bei Lebendspendeverfügungen fehlen die präinvasive Eingriffsaufklärung und die Möglichkeit eines späteren Widerrufs einer einmal erteilten Spendeerlaubnis⁴⁶⁴. Dem Einwand mangelnder Aufklärung über den Entnahmeeingriff lässt sich entgegenhalten, dass wer an

⁴⁶⁰ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 32 N 17 ff.; vgl. auch oben Fn. 146 passim.

⁴⁶¹ TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I S. 508; ebenso G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 549 f.

⁴⁶² Zu Transplantationsregistern und Spendeausweisen vgl. Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 81 ff.

⁴⁶³ Vgl. Fn. 289 ff.

⁴⁶⁴ Zusammenfassend zu diesen Argumenten BERGER, JZ [2000] 797, 800 ff. und SEELMANN, in: FS-Trechsel, S.571 f.

Vorabverfügungen die gleich strengen Aufklärungsanforderungen stellt, wie sie für die aktuelle Einwilligung Urteilsfähiger gelten, letztlich genau die Entscheidung *in Selbstbestimmung* übergeht, welche durch die Aufklärung ermöglicht werden soll⁴⁶⁵. Wegen der rein drittnützigen Inanspruchnahme von Probanden und Spendern stellt sich auch die Frage der Verletzung der Menschenwürdegarantie für Forschungs- und Spendeverfügung in gleichem Masse⁴⁶⁶. Doch auch hier muss gelten, dass sich bei autonomer und freiwilliger Vorabzustimmung zur Spende nicht sinnvoll von einer Instrumentalisierung sprechen lässt⁴⁶⁷. Vorab gebilligte Entnahmen erscheinen so zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger problematisch als absolut zustimmungslose Entnahmen bei Nichteinwilligungsfähigen.

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass selbst bei Vorliegen einer hinreichend konkretisierten Spendeverfügung die Entnahmen wohl auf regenerierbare Zellen und Gewebe beschränkt bleiben müssten. Die Entnahme ganzer Organe wird durch Art. 13 des Entwurfes zum Transplantationsgesetz kategorisch ausgeschlossen.

VI. Fazit

Die Möglichkeit einer Beanspruchung Urteilsunfähiger als Transplantatspender, wie sie durch das geplante Transplantationsgesetz geschaffen werden soll, ist in diverser Hinsicht problematisch. Die Transplantation ist ein aus Spendersicht lediglich mit Beeinträchtigungen verbundener Eingriff. Eltern, die Zell- und Gewebeentnahmen bei ihren Kindern billigen, überschreiten deshalb ihre an das Kindwohl gebundenen Vertretungsbefugnisse. Bei zustimmungsloser Inanspruchnahme macht man die Leiblichkeit urteilsunfähiger ‚Spender‘ zum blossen Gegenstand für Überlebensinteressen Dritter. Dieser Instrumentalisierungsvorwurf wird durch die Beschränkung auf regenerierbare Transplantate nicht überzeugend entkräftet. Einzuräumen ist, dass durch die Einengung des Empfängerkreises auf Familienangehörige nur Personen von der Spende profitieren, denen gegenüber auch sonst erhöhte Solidaritätspflichten bestehen.

Wegen der reinen Drittnützigkeit können Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen auch nicht über eine bloss gemutmasste Spende-einwilligung gerechtfertigt werden. Den verfassungsrechtlichen Bedenken ge-

⁴⁶⁵ Zu diesem Einwand BERGER, JZ [2000] 797, 802 und eingehend oben Fn. 304 ff.

⁴⁶⁶ Siehe oben Fn. 406 und Fn. 228 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu die Argumentation zugunsten von Forschungsverfügungen oben Fn. 300 ff.

genüber fremdbestimmten Transplantatentnahmen liesse sich allenfalls durch Institutionalisierung von ‚Lebenspendeverfügungen‘ begegnen.

D. Nicht medizinisch motivierte Eingriffe

Abschliessend sollen ein paar besonders kontroverse Grenzfragen ärztlichen Eingreifens bei Einwilligungsunfähigen angesprochen werden. Es geht im Folgenden um Eingriffe, die aus anderen als medizinischen Gründen vorgenommen werden. Betrachtet werden Vertreterereinigungen zu Beschneidungen und Genitalverstümmelungen (§ 13), Sterilisationen (§ 14) und Schwangerschaftsabbrüchen (§ 15). Bei mangelnder medizinischer Eingriffsveranlassung zählen diese Eingriffe zu den nichttherapeutischen Interventionen. Sie sind im Lichte der an das Vertretenenwohl gebundenen Einwilligungskompetenzen zu würdigen.

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

§ 13 Beschneidungen und Genitalverstümmelungen

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe		
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch	
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe	

Gemeinhin wird die religiös motivierte Beschneidung männlicher Säuglinge mit Verweis auf ‚jahrhundertealte Tradition‘ für sozialadäquat und somit bereits tatbestandslos gehalten⁴⁶⁸. Gleichwohl handelt es sich bei der Entfernung der Vorhaut unbestreitbar um eine irreversible, nur selten medizinisch indizierte Verletzung der Körperintegrität des betroffenen Jungen. Eine Indikation zur Beschneidung besteht etwa bei wiederholt auftretenden bakteriellen Entzündungen als Folge einer Vorhautverengung (Phimose)⁴⁶⁹. Unterdessen wurde allerdings nachgewiesen, dass sich diese wiederkehrenden Entzündungen bei Vorhautverengungen auch medikamentös behandeln lassen⁴⁷⁰. Weiter vermindert sich entgegen früheren Annahmen die Wahrscheinlichkeit von Peniskarzinomen mit einer Beschneidung nicht⁴⁷¹. Mit anderen Worten lässt sich eine Beschneidung nur in den seltensten Fällen mit medizinischen Notwendigkeiten begründen, weshalb zusehends versucht wird, sie als festen Bestandteil überlieferter

⁴⁶⁸ BRÜCKNER, ZSR [1999] 451, 476 f.; DERS., Personenrecht, Ziff. 598. Vgl. noch TRÖNDLE/FISCHER, Strafrechtbuch⁵⁰, § 223 N 16a; nunmehr zweifelnd DIES., Strafrechtbuch⁵¹, § 223 N 6.

⁴⁶⁹ Hierzu ROSENDAHL, in: Pädiatrie, S. 492.

⁴⁷⁰ Zu diesen nicht operativen Methoden ASHFIELD ET AL., Treatment of phimosis with topical steroids in 194 children, Journal of Urology [2003] 169 (3): 1106 ff.

⁴⁷¹ FRISCH et al., Falling incidence of penis cancer in an uncircumcised population (Denmark 1943-90), BMJ [1995] 311 (7018): 1471.

Rituale zu rechtfertigen. Die Zulässigkeit von Beschneidungen mit Traditionen zu begründen, ist nur schon deshalb heikel, weil für die Rechtfertigung von Genitalverstümmelungen bei Frauen ebenfalls religiöses Brauchtum geltend gemacht wird⁴⁷². Die ‚female genital mutilation‘ wird allenthalben und mit Recht als eine nicht zu rechtfertigende schwere Körperverletzung eingestuft⁴⁷³. Trotz ungleich gravierenderer Eingriffsfolgen von Inzisionen, Klitoridektomien und Infibulationen bei Frauen⁴⁷⁴ fällt es schwer, die operative Vorhautentfernung bei männlichen Kleinkindern als sozialadäquaten Bagatelleingriff jeglicher rechtlichen Würdigung zu entziehen⁴⁷⁵. Dies gilt erst recht, wenn die Beschneidung nicht unter Narkose erfolgt⁴⁷⁶. Zwar haben die Eltern in der religiösen Erziehung ihrer Kinder einen grundrechtlich geschützten Einschätzungsspielraum, doch bildet das Kindeswohl die Schranke religiöser Erziehungskompetenz⁴⁷⁷. Dies führt bei Genitalverstümmelungen von Mädchen, zumal medizinisch absolut kontraindizierte Eingriffe, zur völligen Unzulässigkeit vertretungsweiser Einwilligung⁴⁷⁸. Darüber hinaus haben sich Eltern, die ihre Töchter verstümmeln lassen, unter Umständen als Teilnehmer oder Mittäter zu verantworten⁴⁷⁹. Doch auch medizinisch nicht indizierte Zirkumzisionen von Jungen lassen sich mit dem Kindeswohl nur schwerlich in Einklang bringen⁴⁸⁰. So bestimmt Art. 24 Abs. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes⁴⁸¹, dass die Vertragsstaaten Massnahmen zu treffen haben, „um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen.“ Aus den vorbereitenden Arbeiten zum Übereinkommen geht jedoch hervor, dass mit den ‚überlieferten Bräuchen‘ die verschiedenen Formen weiblicher Genitalverstümmelung gemeint sind und nicht die Beschneidung von Knaben⁴⁸². Auch

⁴⁷² Zur Rechtfertigung der Beschneidung von Männern und Frauen im Judentum, Christentum und im Islam umfassend ALDEEB ABU-SAHLEH, Circumcision, S. 35 ff.; vgl. weiter ROSENKE, Weibliche Genitalverstümmelung, S. 34 ff.

⁴⁷³ ROSENKE, Weibliche Genitalverstümmelung, S. 128 ff.; TRECHSEL/SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, S. 14 ff.

⁴⁷⁴ Zu den praktizierten Formen der Genitalverstümmelung ROSENKE, Weibliche Genitalverstümmelung, S. 17 ff. / 47 ff.; TRECHSEL/SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, S. 5 ff.

⁴⁷⁵ Gegen Tatbestandslosigkeit GROPP, AT, § 6 N 231.

⁴⁷⁶ LEGATO, J Gend Specif Med [2002] 5 (4):8 ff.

⁴⁷⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 303 N 1 und 6; zu den Schranken der Erziehungskompetenz im Allgemeinen R. REUSSER, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV Rz 27.

⁴⁷⁸ Deutlich TRECHSEL/SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, S. 27 ff.

⁴⁷⁹ TRECHSEL/SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, S. 34 ff.

⁴⁸⁰ SVOBODA et al., J Contemporary Health Law Policy 17 [2000] 61, 132.

⁴⁸¹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. Nov. 1989 (SR 0.107).

⁴⁸² ALDEEB ABU-SAHLEH, in: CIBEDO-Beiträge zum Gespräch zwischen Christen und Muslimen 8 [1994] 2, S. 65; DETRICK, Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 414 ff.

wenn die Beschneidung nach jüdischer Tradition bereits am 8. Tag nach der Geburt zu erfolgen hat⁴⁸³, gibt es aus rechtlicher Sicht keinen Grund, den Beschneidungsentscheid nicht ins eigene Ermessen religionsmündiger Jugendlicher zu stellen⁴⁸⁴.

⁴⁸³ 1. Buch Mose (Genesis), Kapitel 17, Vers 10 ff.

⁴⁸⁴ Ähnlich ROSENKE, weibliche Genitalverstümmelung, S. 128.

§ 14 Sterilisationen

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

I. Gesetzliche Regelung?

Zurzeit ist ein Bundesgesetz über Sterilisationen in Ausarbeitung^{485,486}. In der Vernehmlassung waren die Voraussetzungen der Sterilisation Nichteinwilligungsfähiger besonders umstritten⁴⁸⁷. In dieser Frage nimmt der Gesetzesentwurf massgebliche Anleihen im deutschen Betreuungsrecht. So ist die Sterilisa-

⁴⁸⁵ Vgl. den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über Sterilisationen (nachfolgend: *VE-Sterilisationsgesetz 2001*) und den erläuternden Bericht der KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATES vom 6. November 2001, o.O. (nachfolgend: *Bericht-Sterilisationsgesetz 2001*). Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren wurde der Vorentwurf überarbeitet: vgl. Entwurf zu einem Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz), BB1 [2003] 6345 ff. (nachfolgend *Entwurf-Sterilisationsgesetz 2003*) sowie den diesbezüglichen Bericht der KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATES vom 23. Juni 2003, o.O. (nachfolgend: *Bericht-Sterilisationsgesetz 2003*) und die diesbezügliche Stellungnahme des BUNDESRATES (nachfolgend: *Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003*); Gesamtdokumentation: www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004].

⁴⁸⁶ Siehe überdies den Entwurf für neue „Medizinisch-ethische Richtlinien zur Sterilisation geistig behinderter Menschen“ der SAMW (SÄZ [2000] 389 ff.), deren Verabschiedung im laufenden Gesetzgebungsprozess allerdings sistiert wurde (vgl. SÄZ [2001] 542 ff. [Ergänzungen zu den weiterhin gültigen Sterilisationsrichtlinien von 1981]).

⁴⁸⁷ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Übersicht über die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens zum VE-Sterilisationsgesetz 2001, November 2002, o.O., S. 12 ff.; www.ofj.admin.ch/themen/sterilisation/ve-ber-d.pdf [Stand 20. Februar 2004].

tion unter 18-Jähriger ausnahmslos, also selbst bei bestehender Urteilsfähigkeit, verboten⁴⁸⁸. Dauernd urteilsunfähige⁴⁸⁹ Volljährige dürfen gegen ihren Willen nie⁴⁹⁰ und ansonsten nur sterilisiert werden, wenn einer absehbaren Schwangerschaft nicht durch weniger einschneidende Verhütungsmethoden zuvorzukommen ist⁴⁹¹. Die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde hat die Sterilisation zu billigen⁴⁹². Indiziert ist eine Sterilisation schliesslich, wenn der geistig behinderten Einwilligungsunfähigen im Falle einer Schwangerschaft ernsthafte Gesundheitsschädigungen drohen, aber auch, um die künftigen Eltern vor dem Trauma einer unvermeidlichen Wegnahme des Kindes zu bewahren⁴⁹³. Angesichts der erheblichen Uneinigkeiten um die Regelung im Vernehmlassungsverfahren ist zwar noch mit diversen Änderungen zu rechnen⁴⁹⁴, der Vorentwurf lässt aber bereits grundsätzliche Fragen unbeantwortet.

II. Verbot der Sterilisation Minderjähriger?

Das kategorische Verbot der Sterilisation Minderjähriger ist auf den ersten Blick verständlich. Einsichtsfähigen Jugendlichen stehen alternative Verhütungsmethoden offen⁴⁹⁵. In ihrem längerfristigen Eigeninteresse sind sie vor der irreversiblen Unfruchtbarmachung zu schützen⁴⁹⁶. Nicht einzusehen ist hingegen, weshalb bei einer sexuell aktiven, geistig behinderten 17-Jährigen eine Sterilisa-

⁴⁸⁸ Art. 3 VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485) und § 1631 c) BGB; kritisch GAIDZIK/ HIERSCHE, MedR [1999] 58, 61.

⁴⁸⁹ Bei vorübergehender Urteilsunfähigkeit bleiben fremdbestimmte Sterilisationen ausgeschlossen (Art. 4 VE-Sterilisationsgesetz 2001 [Fn. 485] und § 1905 Abs. 1 Ziff. 2 BGB).

⁴⁹⁰ Art. 7 Abs. 2 Ingress VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485) und § 1905 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. Eindringlich Bericht-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485), S. 16; vgl. ausserdem HEGNAUER, ZVW [2000] 25, 27; SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 N 41 StGB; zur dt. Rechtslage AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 13 f.; KERN/HIERSCHE, MedR [1995] 463, 466.

⁴⁹¹ Art. 7 Abs. 2 lit. a) und b) VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485) und § 1905 Abs. 1 Ziff. 3 und 5 BGB. Zu alternativen Verhütungsmethoden im Detail: SÄZ [2000] 389, 392 f.

⁴⁹² Art. 8 VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485); entsprechend § 1905 Abs. 2 Satz 1 BGB

⁴⁹³ Art. 7 Abs. 2 lit. c) VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485) und § 1905 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 1 letzter Satz BGB. Differenzierend der erläuternde Bericht zum VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485), S. 17; kritisch HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 109 ff.; CHATAGNY, ZVW [2003] 61, 64 lehnt Vertreterereinwilligungen in Sterilisationen generell ab.

⁴⁹⁴ Zu Änderungsvorschlägen im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren vgl. den Entwurf-Sterilisationsgesetz 2003 sowie den Bericht-Sterilisationsgesetz 2003 und die Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003 (alle Fn. 485).

⁴⁹⁵ Siehe auch UHLENBRUCK/ULSENHEIMER, in: (Laufs, A.) Handbuch Arztrecht, § 126 N 6.

⁴⁹⁶ Zu diesen ‚weich paternalistischen‘ Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechtes vgl. SEELMANN, in: FS-Schreiber, S. 854 f.

tion selbst dann ausgeschlossen sein soll, wenn ihr im Falle einer Schwangerschaft gravierende Gesundheitsschäden drohen⁴⁹⁷. Es ist widersprüchlich, den gesetzlichen Vertretern eine Einwilligung in die Sterilisation zu verwehren, um sie danach zur Einwilligung in einen vital indizierten Schwangerschaftsabbruch zu zwingen⁴⁹⁸.

III. Sterilisation geistig behinderter Männer?

Im Gegensatz zur deutschen Regelung geht aus dem Vorentwurf unzweideutig hervor, dass auch geistig behinderte Männer sterilisiert werden können⁴⁹⁹. Unklar bleibt allerdings, inwiefern eine Sterilisation im gesundheitlichen Eigeninteresse eines urteilsunfähigen Mannes liegen kann. Zwar mag die Wegnahme des Kindes auch den Vater psychisch schwer belasten, doch will man mit der Vasektomie primär einer gesundheitsgefährdenden Schwangerschaft bei der Partnerin zuvorkommen. Der Eingriff ist also vorwiegend drittnützig, womit die Zulässigkeit der Vertreterereinwilligung in Zweifel steht⁵⁰⁰. Die Sterilisation eines geistig behinderten Mannes soll jedoch im Rahmen so genannt ‚vikariierender Zurechnung‘⁵⁰¹ möglich sein, wenn bei seiner ebenfalls geistig behinderten Partnerin eine Sterilisationsindikation besteht. Gerechtfertigt wird dies damit, dass nicht allein Frauen mit irreversiblen Massnahmen der Schwangerschaftsvorbeugung belastet werden sollen und dass die Vasektomie gegenüber der Tubenkoagulation der risikoärmere Eingriff sei⁵⁰². Das Problem der Drittnützigkeit bleibt damit freilich ungelöst. Überdies taugt die Sterilisation eines Mannes überhaupt nur dann zur Empfängnisprävention, wenn die Frau nicht wechselnde Partnerschaften unterhält. In Frage kommt die Unfruchtbarmachung geistig

⁴⁹⁷ In Art. 3 und 7 Entwurf-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn. 485) wurde die Altersgrenze von der Kommissionsmehrheit auf 16 Jahre gesenkt, hierzu: Bericht-Sterilisationsgesetz 2003, S. 14 f. und 18 ff. und die zustimmende Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003 (beide Fn. 485), S. 10.

⁴⁹⁸ Ebenso Bericht-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn. 485), S. 14, wo von ‚Doppelmoral‘ die Rede ist; mit weiteren Argumenten GAIDZIK/HIERSCHKE, MedR [1999] 58, 61 f.

⁴⁹⁹ Art. 7 Abs. 2 lit. c) VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485). Zur Frage, ob § 1905 BGB Männer mitumfasst GAIDZIK/HIERSCHKE, MedR [1999] 58, 62; ablehnend noch KERN/HIERSCHKE, MedR [1995] 463, 465

⁵⁰⁰ Wie hier HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 108 f.; a.A. GAIDZIK/HIERSCHKE, MedR [1999] 58, 62, welche die Vasektomie bei „weit gefasster Indikation“ für zulässig halten.

⁵⁰¹ HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 107 f.

⁵⁰² Vgl. den erläuternden Bericht zum VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485), S. 17 und GAIDZIK/HIERSCHKE, MedR [1999] 58, 62.

behinderter Männer deshalb wohl nur in gefestigten und dauerhaften Beziehungen⁵⁰³.

IV. Indikationen zur Sterilisation

Was schliesslich die Sterilisationsindikationen anbelangt, so wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass Gefährdungen der Schwangeren auf Grund somatischer Prädisposition immer seltener werden⁵⁰⁴. Aber auch die Unausweichlichkeit der Trennung von Mutter und Kind kann nicht leichthin angenommen werden. Die geistige Behinderung für sich jedenfalls liefert noch keinen hinreichenden Anlass, Mutter und Kind zu trennen. Auch die entmündigte und nicht sorgeberechtigte Mutter kann die tatsächliche Obhut über ihr Kind ausüben⁵⁰⁵. Überdies muss die Betroffene unter der Trennung vorhersehbar leiden. Gerade Mütter, die derart schwer behindert sind, dass eine Trennung unausweichlich erscheint, werden jedoch unter der Wegnahme häufig nicht leiden⁵⁰⁶. Dies führt zur paradoxen Situation, dass bei geistig schwerst behinderten Frauen eine Sterilisationsindikation fehlt, wenn vorhersehbar ist, dass sie unter der Trennung nicht leiden werden. Andererseits werden in ihren geistigen Fähigkeiten weniger eingeschränkte Frauen unter einer Wegnahme zwar eher leiden, doch fehlt es bei diesen am Indikationsmerkmal der Unausweichlichkeit der Trennung. Wie gesehen können diese Frauen nämlich unabhängig von einer allenfalls fehlenden Sorgeberechtigung die tatsächliche Obhut stets ausüben. Im Ergebnis werden sich somit die kumulativ vorausgesetzten Sterilisationsindikationen der unausweichlichen Trennung und der vorhersehbaren Trennungsbelastung grösstenteils gegenseitig aufheben. Weiter reichen auch mangelnde Erziehungsfähigkeiten und die Überforderung geistig behinderter Eltern als Sterilisationsindikation nicht aus⁵⁰⁷. Erstens sind auch viele geistig nicht behinderte Menschen durch ihre Elternschaft vorhersehbar massiv überfordert und zur Erziehung unfähig, und zweitens taugt die Erziehungsunfähigkeit als Sterilisationsbegründung nicht, weil damit de facto die Interessen Dritter, nämlich diejenigen künftiger Kinder, dem Sterilisationsentscheid zugrunde gelegt werden. Wohin die Beach-

⁵⁰³ Zum Ganzen HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 107 ff.

⁵⁰⁴ HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 110 f.

⁵⁰⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 298 N 5.

⁵⁰⁶ Im Bericht-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn.485), S. 22 ist die Rede von „*pathologischer Indifferenz*“. Dazu die abweichende Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn. 485), S. 12. Weiter HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 113 ff.

⁵⁰⁷ Erläuternder Bericht zum VE-Sterilisationsgesetz 2001 (Fn. 485), S. 17: „*Verlangt wird ausserdem, dass dieses Unvermögen die körperliche oder seelische Gesundheit der betroffenen Person ernsthaft gefährdet.*“; zu wenig eindeutig HEGNAUER, ZVW [2000] 25, 27.

tung von Drittinteressen führen kann, verdeutlicht die Vernehmlassungstellungnahme von M. KILLIAS. Er hält das absolute Vetorecht Einwilligungsunfähiger, wonach auch eine intuitive Ablehnung der Sterilisation durch dauernd Urteilsunfähige zum Verbot des Eingriffs führt⁵⁰⁸, mit der Begründung für ‚unangemessen‘, dass auch deren Angehörige die Folgen unterbliebener Sterilisationen zu tragen hätten⁵⁰⁹. Diese Sichtweise ermöglicht im Ergebnis Zwangssterilisationen⁵¹⁰.

V. Fazit

Der Gewinn einer Sterilisation liegt für geistig behinderte Menschen in den anders nicht zu verwirklichenden sexuellen Entfaltungsmöglichkeiten. So uneingeschränkt zustimmungswürdig dieses Anliegen ist, so sorgfältig will im Einzelfall abgewogen sein, ob Sterilisationen tatsächlich und *ausschliesslich* zum Wohl geistig behinderter Menschen erfolgen⁵¹¹. Nur wo es ausschliesslich um die Wahrung der Interessen der Urteilsunfähigen geht, dürfen die gesetzlichen Vertreter einer Sterilisation zustimmen.

⁵⁰⁸ Art. 7 Abs. 2 Ingress VE-Sterilisationsgesetz 2001 und Art. 7 Abs. 2 lit. a) Entwurf-Sterilisationsgesetz 2003 (beide Fn. 485). S.a. AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 13 f.

⁵⁰⁹ Zitiert nach: BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Übersicht über die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens zum VE-Sterilisationsgesetz 2001 [Fn. 487], S. 6.

⁵¹⁰ A.A. Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn.485). S. 11.

⁵¹¹ Ebenso noch Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 297 ff.; neuerdings sollen jedoch auch die Interessen Angehöriger berücksichtigt werden dürfen (so die Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz 2003 (Fn.485). S. 11).

§ 15 Schwangerschaftsabbrüche

Therapeutische Eingriffe			Nichttherapeutische Eingriffe	
Heileingriff	Heilversuch	Forschung	Organspende Blutspende	Schönheitsoperation Beschneidung/ Genitalverstümmelung Sterilisation Schwangerschafts- abbruch
gesundheitlicher Eigennutzen			dritt- / fremdnützig	nicht medizinisch motivierte Eingriffe

I. Vertreterereinwilligung beim indizierten Schwangerschaftsabbruch (Art. 119 Abs. 1 StGB)

Zuletzt stellt sich noch die Frage, inwiefern die Vertreter einem Schwangerschaftsabbruch wirksam zustimmen können. Während der gesamten Dauer der Schwangerschaft ist ein Abbruch zulässig, wenn der Frau durch die Schwangerschaft schwerwiegende körperliche oder psychische Schädigungen drohen (Art. 119 Abs. 1 StGB). Ist die Schwangere urteilsunfähig, so können die gesetzlichen Vertreter in den Abbruch einwilligen (Art. 119 Abs. 3 StGB). Bei diesen medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüchen ist die Vertreterereinwilligung wenig problematisch, weil mit dem Abbruchentscheid das gesundheitliche Wohl der Schwangeren gewahrt wird⁵¹².

⁵¹² BSK StGB II-SCHWARZENEGGER/HEIMGARTEN, Art. 119 N 11.

II. Vertreterereinwilligung bei der ‚Fristenregelung‘ (Art. 119 Abs. 2 StGB)

Bei der ‚Fristenregelung‘ kann die Schwangere unabhängig von einer medizinischen Abbruchindikation innerhalb von 12 Wochen seit Beginn ihrer letzten Monatsblutung einen Schwangerschaftsabbruch verlangen. Hierbei hat sie eine Notlage geltend zu machen (Art. 119 Abs. 2 StGB). Ist die Schwangere urteilsunfähig, so können die gesetzlichen Vertreter dem Schwangerschaftsabbruch stellvertretend zustimmen (Art. 119 Abs. 3 StGB). Im Gegensatz zum stellvertretenden Abbruchentscheid bei gesundheitsgefährdenden Schwangerschaften wirft die Vertreterereinwilligung im Rahmen der Fristenlösung Fragen auf:

- Erstens fehlt es bei Schwangerschaftsabbrüchen nach der Fristenregelung wesensgemäss an einer medizinischen Abbruchindikation. Ansonsten könnte der Abbruch ja über die Indikationenregelung von Art. 119 Abs. 1 StGB gerechtfertigt werden. Die gesetzlichen Vertreter haben das gesundheitliche Wohl der urteilsunfähigen Schwangeren zu wahren. Sie dürfen deshalb nur Eingriffen zustimmen, die medizinisch angezeigt sind⁵¹³. Gegen die Möglichkeit, Schwangerschaftsabbrüchen im Rahmen der Fristenregelung zuzustimmen, sprechen somit bereits die allgemeinen Schranken der Vertretungsbefugnisse.
- Einer Vertreterereinwilligung bei der Fristenregelung stehen zweitens prinzipielle Überlegungen entgegen. Mit der Fristenregelung wurde das Dilemma zwischen der Schutzverpflichtung gegenüber ungeborenem Leben und dem Recht der Schwangeren, über ihre Körperintegrität autonom zu entscheiden, zugunsten des Selbstbestimmungsrechtes der Frau entschieden⁵¹⁴. Innerhalb der 12-Wochen Frist ist der Entscheid über den Schwangerschaftsabbruch ins freie Ermessen der schwangeren Frau gestellt. Der autonome Ab-

⁵¹³ Vgl. oben Fn. 126.

⁵¹⁴ Vgl. KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATES, Bericht über die parlamentarische Initiative. Änderung des Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch, BBl [1998] 3005, 3015 f. [nachfolgend: *Bericht-Schwangerschaftsabbruch*]; www.bj.admin.ch/themen/stgb-sabbruch/ber-rk-n-d.pdf. Noch skeptisch bezüglich dieser Gewichtung des Selbstbestimmungsrechtes der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf, BBl [1998] 5376, 5380 f., wo die staatliche Schutzpflicht gegenüber ungeborenem Leben hervorgehoben wird. Differenzierend ALBRECHT, ZStrR [2002] 431, 442 ff., mit dem Hinweis, dass dieser Schutzpflicht wegen der ‚biologisch bedingten Einheit zwischen Embryo und Mutter‘ eine Austragungspflicht gegenübersteht; ebenso Botschaft zur Volksinitiative „für Mutter und Kind“, BBl [2001] 675, 685; BRAUN, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 92; KLUG, in: FS-Maihofer, S. 242 f.

bruchentscheid der Schwangeren wirkt rechtfertigend, weil er Ausdruck selbstbestimmter Disposition über ihren Körper ist. In dem Moment, da die Schwangere den Abbruch nicht mehr selbst verfügt, entfällt deshalb auch der Grund für die Rechtfertigung nach Art. 119 Abs. 2 StGB. Eine diesbezügliche Vertretungsbefugnis ist ausgeschlossen. Die Schwangere kann nicht in einem Abbruchentscheid fremdvertreten werden, der zwingend ihrer eigenen Entscheidung vorbehalten ist⁵¹⁵.

- Wie unsinnig eine Fremdvertretung bei der Fristenregelung ist, lässt sich drittens am umstrittensten ‚Tatbestandsmerkmal‘ von Art. 119 Abs. 2 StGB aufzeigen. Will die Schwangere innerhalb der 12-Wochen Frist abtreiben, so hat sie eine Notlage geltend zu machen. Auf die Überprüfung der Notlage und eine Ergründung der Abbruchmotive muss jedoch verzichtet werden, will man nicht aus der Fristenregelung faktisch wieder eine Indikationenregelung machen⁵¹⁶. Mit einer Überprüfung der Notlage würde die Rechtfertigung überdies wieder vom Urteil Dritter abhängig gemacht und die Frau in ihrem eigenverantwortlichen Abbruchentscheid desavouiert⁵¹⁷. Nach der bestehenden gesetzlichen Regelung kann diese persönliche Notlage der Schwangeren auch durch ihre Vertreter geltend gemacht werden. Verzichtet man folgerichtig auch bei den gesetzlichen Vertretern auf eine Überprüfung der Abbruchmotive, dann könnten die Eltern als gesetzliche Vertreter der Schwangeren einem Abbruch beispielsweise deshalb zustimmen, weil sie das künftige Kind nicht mitunterhalten wollen oder weil ihnen der Vater des Kindes nicht passt. Dann aber geht es offenkundig nicht mehr um die Gesundheit der Schwangeren. Von möglichen Interessenkonflikten künftig mitunterhaltungspflichtiger Grosseltern einmal abgesehen, zeigt die stellvertretende Geltendmachung einer persönlichen Notlage deutlich, in welche Widersprüche man sich mit Vertreterereinigungen bei der Fristenlösung verstrickt.

⁵¹⁵ KOCH, in: Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, S. 152; ähnlich ROUKA, Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen, S. 166 f.

⁵¹⁶ Dessen war sich auch der Gesetzgeber bewusst, vgl. nur Amtl. Bull SR [2000] 546 (BIERI). Für die h.L. vgl. CORBOZ, infractions Vol. I, Art. 119 N 14.

⁵¹⁷ ALBRECHT, ZStrR [2002] 431, 453 f.; deutlich auch Amtl. Bull NR [2000] 1437 (AEPPLI WARTMANN).

III. Fazit

Die Vertreter können Schwangerschaftsabbrüchen nach Art. 119 StGB nicht nur bei medizinischer Indikation (Abs. 1) sondern auch im Rahmen der Fristenregelung (Abs. 2) zustimmen. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Vertreterereinstimmung in Abs. 3. Die stellvertretende Einwilligung zum Schwangerschaftsabbruch innerhalb der 12-Wochen Frist begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Bei der Fristenregelung geht es nicht um die Wahrung gesundheitlicher Interessen der Schwangeren sondern um die Respektierung ihres Selbstbestimmungsrechtes. Den Entscheid zum Abbruch der Schwangerschaft muss die Schwangere deshalb selbst treffen. Er kann nicht in Vertretung gefällt werden. Mit anderen Worten lassen sich die Vertreterbefugnisse in Abs. 3 nicht sinnvoll auf die Fristenregelung in Abs. 2 beziehen. In der Tat dürfte es sich bei der bestehenden Absatzreihenfolge um ein gesetzgeberisches Versehen handeln. Im Entwurf war die medizinische Abbruchindikation noch in Abs. 2 geregelt, womit sich die Vertreterereinstimmung von Abs. 3 sachgerecht nur auf Abtreibungen bei gesundheitsgefährdenden Schwangerschaften beziehen liess⁵¹⁸. Die Absatzabfolge wurde erst in den parlamentarischen Beratungen umgestellt⁵¹⁹. Im Ergebnis ist Art. 119 StGB insoweit teleologisch zu reduzieren, als Fremdbestimmung nur dort in Betracht kommt, wo der Abbruch im überwiegenden Gesundheitsinteresse der Schwangeren erfolgt⁵²⁰.

⁵¹⁸ KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATES, Entwurf zu einer Änderung des Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch, BBl [1998] 3020 f. Siehe auch Bericht - Schwangerschaftsabbruch (Fn. 514), BBl [1998] 3005, 3014 f.

⁵¹⁹ Vgl. noch Amtl. Bull NR [1998] 2006 f. und dann bereits Amtl. Bull SR [2000] 549 f. Die Zustimmungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter waren zu keinem Zeitpunkt ein Thema. Kritisch zu den Umstellungen im Gesetzgebungsverfahren BSK StGB II-SCHWARZENEGGER/HEIMGARTEN, Art. 119 N 1.

⁵²⁰ So auch das obiter dictum der SAMW in den Richtlinien zur Sterilisation geistig Behinderter, SÄZ [2000] 389, 390. Zur teleologischen Reduktion vgl. FORSTMOSER, Einführung in das Recht, § 15 N 76 ff.

E. Fazit zum 2. Teil

Im zweiten Teil wurde der Frage nachgegangen, welche Eingriffe durch die gesetzlichen Vertreter stellvertretend erlaubt werden dürfen. Es ging um die Grenzen der Vertreterbefugnisse bei medizinischen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen. Die Eltern und Vormünder haben in all ihren Vertreterentscheiden das Wohl des Betroffenen zu wahren. Ein ärztlicher Eingriff liegt im gesundheitlichen Interesse des Betroffenen, soweit er medizinisch indiziert ist. Eingriffe dürfen deshalb nur im Rahmen ihrer Indikation stellvertretend erlaubt werden. Bei Eingriffszustimmungen für ehemals urteilsfähige Personen haben die gesetzlichen Vertreter nebst den Gesundheitsinteressen auch den mutmasslichen Willen des Vertretenen zu berücksichtigen. Bei Vertreterentscheiden *der Eltern* ist zusätzlich ihr verfassungsrechtlich verbürgtes Erziehungsermessen zu berücksichtigen, das allerdings an den gesundheitlichen Eigeninteressen des Kindes seine Grenzen findet.

In der Folge wurden die Einwilligungsbefugnisse anhand verschiedener Eingriffstypen eingegrenzt. Im praktisch wichtigsten Fall der indizierten Heilbehandlung wird aus dem Einwilligungsrecht eine Einwilligungspflicht. Heilversuche und kontrollierte klinische Therapiestudien dürfen erst bei Fehlen oder Versagen etablierter Therapien durch die Vertreter zugelassen werden - und auch dann nur, wenn die Risiken der Versuchsbehandlung abschätzen lassen. Man spricht insoweit von subjektiver Indikation. Nichttherapeutische Forschung und Organentnahmen sind Eingriffe ohne gesundheitlichen Eigennutzen und nur schon deshalb der Vertreterereinstimmung entzogen. Wegen der rein fremdnützigen Inanspruchnahme Urteilsunfähiger begegnen diese Eingriffe zudem gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken. Schliesslich wurde noch die Möglichkeit stellvertretender Einwilligung bei Beschneidungen, Sterilisationen und Schwangerschaftsabbrüchen erörtert. Bei diesen Eingriffen stösst die medizinische Indikation als alleiniger Parameter für die Zulässigkeit von Vertreterentscheiden an ihre Grenzen. Es handelt sich um Eingriffe, denen nichtmedizinische Überlegungen und Drittinteressen zugrunde liegen. Erweitert man den Indikationsbegriff auf soziale und kulturelle Belange, verliert er jegliche Konturen. Man wird deshalb die Entscheidungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter auf im engeren Sinne medizinisch indizierte Beschneidungen, Sterilisationen und Schwangerschaftsabbrüche einschränken müssen.

3. Teil: Wirkungen stellvertretender Einwilligung

Nachdem im ersten Teil der Frage nachgegangen wurde, wer für Urteilsunfähige stellvertretend einwilligen kann, wurde im zweiten Teil dargelegt, welche Eingriffe durch Vertreterentscheidung gerechtfertigt werden können und welche nicht. Im dritten und letzten Teil soll das Rechtsinstitut der Vertreterereinwilligung im Allgemeinen strafrechtlich umrissen und hinterfragt werden. Worum handelt es sich bei der stellvertretenden Einwilligung? Dabei gilt es zunächst die fundamentalen Unterschiede zwischen selbstbestimmten Einwilligungen und stellvertretenden Einwilligungen herauszuarbeiten (§ 16). Erst vor diesem Hintergrund können die Existenzberechtigung der Vertreterereinwilligung als Rechtfertigungsgrund und die Funktion der Vertreter verständlich gemacht werden (§ 17). Abschliessend sollen noch die strafrechtlichen Konsequenzen fehlender Vertreterereinwilligung erläutert werden (§ 18).

§ 16 Autonomie und Fremdbestimmung

I. Vertreterereinwilligung als Fiktion

Grundgedanke der Rechtfertigung bei persönlichen Einwilligungen einsichtsfähiger Patienten ist das **Autonomieprinzip**⁵²¹. *Volenti non fit iniuria*⁵²². Der ärztliche Eingriff stellt insoweit kein strafrechtliches Unrecht dar, als der Patient seine Körperintegrität nach hinreichender Aufklärung und in selbstbestimmter Entscheidung der Verletzung preisgegeben hat⁵²³. So einig man sich hinsichtlich des Autonomieprinzips als materieller Grundgedanke der Einwilligung ist, so umstritten ist andererseits die strafrechtsdogmatische Einordnung und das Wirkungsprinzip der Einwilligung⁵²⁴. Nach einem Teil der Lehre wird mit der Ein-

⁵²¹ GÖBEL, Einwilligung, S. 23; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 41 f.; weiter KÜHL, AT, § 9 N 20, nach dem die Einwilligung im grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht ihr Fundament findet.

⁵²² Ulp. D. 47, 10, 1, § 5: „*Nulla iniuria est, que in volentem fiat*“; hierzu umfassend HONIG, Einwilligung des Verletzten, S. 1 ff.

⁵²³ Ständige Rsprechung, vgl. nur BGE 105 II 284, 287; abs. h.L. statt vieler SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 511; eingehend Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 291 ff.

⁵²⁴ GÖBEL, Einwilligung, S. 21 ff.

willigung zum Ausdruck gebracht, dass am Schutz des Rechtsgutes kein Interesse mehr besteht und das Strafrecht deshalb keinen Anlass hat, konsentierete Beeinträchtigungen von Rechtsgütern für rechtswidrig zu halten (Prinzip des mangelnden Interesses)⁵²⁵. Anderen Lehrmeinungen zufolge lässt sich bei zustimmendem Willen nicht sinnvoll von einer Rechtsgutsverletzung sprechen⁵²⁶. Nach dritter Ansicht entfällt das typischerweise Unrecht begründende Moment der Missachtung fremder Selbstbestimmung, wenn der Betroffene die Verletzung in eigenverantwortlicher Entscheidung gebilligt hat⁵²⁷.

Urteilsunfähige andererseits können über ihren Körper nicht (mehr) selber bestimmen. Sie können ihre Körperintegrität nicht in eigener Entscheidung der Verletzung preisgeben. Für sie willigt der gesetzliche Vertreter ein. Dieser stellvertretende Einwilligungentscheid ist ein Akt der **Fremdbestimmung**⁵²⁸. Angesichts dieser Fremdbestimmung fällt es schwer, eine Vertreterereinwilligung gleich wie eine ‚persönliche‘ Einwilligung zu behandeln. Es stellt sich die Frage, ob das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit überhaupt gültig in Stellvertretung preisgegeben werden kann. Noch pointierter gefragt: Kann ein notwendigerweise autonomer Entscheid überhaupt in Stellvertretung gefällt werden?⁵²⁹ Ist es nicht vielmehr eine **Fiktion**, diesen fremdbestimmten Vertreterentscheid überhaupt als stellvertretende *Einwilligung* zu bezeichnen?

II. Vertreterereinwilligung bei höchstpersönlichen Rechten

Angesichts der offenkundigen Fremdbestimmung der Betroffenen durch ihre Einwilligungsvertreter muss die grundsätzliche Frage aufgeworfen werden, ob Einwilligungsunfähige in diesem persönlichkeitsrechtlich hoch sensiblen Entscheid über die Verletzung ihrer Körperintegrität überhaupt vertreten werden

⁵²⁵ HASSEMER, JUS [1989] 145, 146; KÜHL, AT, § 9 N 23; LENCKNER, in: Schönke/ Schröder²⁶, Vorbem. §§ 32 ff N 33; TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 138; Kritik bei WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 43 ff.

⁵²⁶ BSK StGB I-SEELMANN, Vor Art. 32 N 8 f.; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 46.

⁵²⁷ STRATENWERTH, ZStW [1956] 41, 45.

⁵²⁸ ESER, in: GS-Schröder, S. 207 und 210 f.; KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 219 und 234 f.; ROTHÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, MedR [1999] 293, 295 f.; WACHENHAUSEN, Einwilligungsunfähige, S. 86; a.A. TAUPITZ, JZ [2003] 109, 117, wonach bei gesetzlicher Stellvertretung zwar *faktisch* nicht aber *rechtlich* Fremdbestimmung vorliegen soll.

⁵²⁹ Grundlegend GAUL, Kann Autonomie „fremdvertreten“ werden? EthikMed [2002] 160 ff.; KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 129 f. Für eine verfassungsrechtliche Bewertung stellvertretend wahrgenommener Selbstbestimmungsrechte vgl. HOFFMANN, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, S. 60 f./83 f.

können⁵³⁰. Die Zulässigkeit der Einwilligung in Stellvertretung wird zuweilen mit dem Argument verneint, dass der Entscheid über einen Eingriff in die körperliche Integrität höchstpersönlicher Natur sei und eine Vertreterentscheidung deshalb ausgeschlossen bleibe⁵³¹. Dem wird dann jeweils unter Bezugnahme auf die zivilrechtliche Abgrenzung entgegengehalten, dass der Entscheid über einen Heileingriff nur relativ höchstpersönlicher Natur sei⁵³². Im Gegensatz zu den absolut höchstpersönlichen Rechten bleibe bei den relativ höchstpersönlichen Rechten eine Stellvertretung grundsätzlich möglich⁵³³. Die Höchstpersönlichkeit des Entscheides über die körperliche Integrität stehe deshalb einer Vertreterereinstimmung nicht entgegen.

Diese zivilrechtliche Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Höchstpersönlichkeit ist für die hier diskutierte strafrechtliche Fragestellung ohne Nutzen. Die Zulässigkeit der Stellvertretung lässt sich nicht mit der angeblich bloss relativen Höchstpersönlichkeit des Vertreterentscheides begründen. Die Zuordnung des Eingriffsentscheides zu den relativ höchstpersönlichen Belangen setzt nämlich ihrerseits voraus, dass eine Stellvertretung überhaupt möglich ist. Die Möglichkeit der Stellvertretung selbst lässt sich damit jedoch nicht begründen. Der Entscheid über einen medizinischen Eingriff ist ja einzig deshalb relativ höchstpersönlicher Natur, *um* die Möglichkeit einer Stellvertretung aufrecht zu erhalten⁵³⁴. Dies wird besonders offenkundig in einem Beispiel von W. WIEGAND, wonach der Entscheid über die krebbsbedingte Beinamputation bei einem Kind relativ höchstpersönlicher Natur sein müsse, weil sonst niemand diese lebensnotwendige Massnahme stellvertretend billigen könne⁵³⁵. Trotz der Höchstpersönlichkeit des Eingriffsentscheides zwingen nach P. SCHIMIKOWSKI *praktische Bedürfnisse* dazu, bei lebensnotwendigen Eingriffen die Stellvertretung zuzulassen⁵³⁶. In Umkehrung der Fragestellung wird die Zulässigkeit der Stellvertretung aus deren Notwendigkeit abgeleitet, anstatt zu begründen, weshalb die zweifellos notwendige Vertreterentscheidung überhaupt zulässig ist.

⁵³⁰ ESER, in: GS-Schröder, S. 205.

⁵³¹ I.d.S. SCHIMIKOWSKI, Experiment am Menschen, S. 21; Nachweise bei TAUPITZ, JZ [2003] 109, 114 und 117; ähnlich TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 140.

⁵³² BGE 114 Ia 350, 362 f.; BUSSMANN, Heileingriffe, S. 59; WIEGAND in: Handbuch Arztrecht S. 161 (dortige Fn. 165); zum Begriff der höchstpersönlichen Rechte BRÜCKNER, Personenrecht, N 191 ff. und GROSSEN, in: Schweizerisches Privatrecht II/2, S. 328 f.

⁵³³ BRÜCKNER, Personenrecht, 211 ff., 593 ff.; BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 304/ 305 N 5; zur Diskussion um die Höchstpersönlichkeit des Sterilisationsentscheides siehe Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 297 f. mit zahlreichen Hinweisen.

⁵³⁴ Explizit BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER Art. 19 N 36 ff.; RIEMER, ZVW [1998] 216 ff.

⁵³⁵ WIEGAND in: Handbuch Arztrecht S. 161 (Fn. 165).

⁵³⁶ SCHIMIKOWSKI, Experiment am Menschen, S. 21.

Ausserdem ist eine qualitative Abstufung von Persönlichkeitsrechten, die sich nicht an der Bedeutung dieser Rechte für die betroffene Person sondern an Vertretungsnotwendigkeiten orientiert, begrifflich verwirrend und deshalb zu vermeiden⁵³⁷. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb die Mitgliedschaft in einem Verein⁵³⁸ zu den absolut höchstpersönlichen Belangen gehören soll, nicht aber der Entscheid über eine Beinamputation. Unabhängig von der Persönlichkeitsrelevanz eines Entscheides wird die Wünschbarkeit der Vertretung zum Abgrenzungskriterium zwischen den verschiedenen Graden an Höchstpersönlichkeit gemacht. Das überzeugt nicht.

Diese Bedenken legen nahe, die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Höchstpersönlichkeit für das Strafrecht nicht zu übernehmen⁵³⁹, weil diese Unterscheidung die Zulässigkeit der Stellvertretung bei Eingriffsentscheiden nicht erklärt, sondern im Gegenteil voraussetzt. Die Eingangsfrage, ob der ansonsten autonome Eingriffsentscheid überhaupt in Stellvertretung gefällt werden kann, ist damit freilich noch nicht beantwortet.

III. Vertretereinwilligungen und Rechtfertigungsprinzipien

Um eine befriedigende Antwort zu finden auf die Frage, inwiefern Einwilligungen überhaupt in Stellvertretung abgegeben werden können, muss weiter ausgeholt werden. Nach gängiger Vorstellung tritt bei Urteilsunfähigkeit die Vertretereinwilligung an die Stelle der selbstbestimmten Einwilligung⁵⁴⁰. Trotz offensichtlicher Fremdbestimmung bei der Vertretereinwilligung wird die Rechtfertigung begrifflich in die Nähe der Einwilligungsrechtfertigungen gerückt⁵⁴¹. Man spricht bei der Vertretereinwilligung deshalb auch von einem „*Einwilligungssurrogat*“⁵⁴². Diese bewusst gewählte Nähe der ‚Vertretereinwilligung‘ zur ‚Einwilligung‘ ist in Wirklichkeit nur eine terminologische und sollte nicht über die grundsätzlichen Unterschiede hinwegtäuschen, die zwischen diesen beiden Legitimationsmodellen bestehen.

⁵³⁷ Weitere Kritik bei PETER, *Forschung*, S. 38 dortige Fn. 106.

⁵³⁸ A. BUCHER, *Personnes physiques*, N 160.

⁵³⁹ Im Ergebnis gleich WEISSENBERGER, *Einwilligung*, S. 79.

⁵⁴⁰ KERN, *NJW* [1994] 753, 756; TAUPITZ, in: *Atypische Neuroleptika*, S. 61; WIEGAND, in: *Handbuch Arztrecht*, S. 160 ff.

⁵⁴¹ KOCH, in: *Rechtfertigung und Entschuldigung*, S. 219 und 234 f.

⁵⁴² So bspw. KOCH, in: *Rechtfertigung und Entschuldigung*, S. 239 und PICKER, *JZ* [2000] 693, 701; SEELMANN, in: *FS-Trechsel*, S. 570, spricht von ‚*Einwilligungssubstituten*‘.

Die fundamentalen Unterschiede zwischen selbstbestimmter und stellvertretender Einwilligung werden verständlich, wenn man deren Rechtfertigungsprinzipien offenlegt⁵⁴³. Die Einwilligung Urteilsfähiger basiert, wie erwähnt, auf dem Autonomieprinzip⁵⁴⁴. Welchem Rechtfertigungsprinzip jedoch folgt die stellvertretende Einwilligung? Bei der Frage nach den Maximen der Rechtfertigung kann von den im zweiten Teil gewonnenen Erkenntnissen ausgegangen werden. Einsichtsfähige Patienten handeln auf eigene Verantwortung. Ihre Einwilligungserklärung rechtfertigt deshalb auch Eingriffe ohne unmittelbaren Eigennutzen (Forschungseingriff, Organspende etc.)⁵⁴⁵. Bei nicht einsichtsfähigen Patienten ist die blosse Einwilligungserklärung des Vertreters für eine Rechtfertigung nicht hinreichend. Der Eingriff muss zusätzlich im gesundheitlichen Interesse des Urteilsunfähigen liegen und dessen mutmasslichen Willen respektieren⁵⁴⁶. Hierbei lassen sich wie gesehen zwei Gruppen Urteilsunfähiger unterscheiden⁵⁴⁷. Vertreterentscheide für Personen, die seit Geburt vollkommen urteilsunfähig sind (IV.) folgen anderen Entscheidungskriterien als Vertretererklärungen für ehemals urteilsfähige Personen (V.).

IV. Vertretererklärungen bei genuiner Urteilsunfähigkeit

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass Vertretererklärungen ihre Rechtfertigungswirkung angesichts offenkundiger Fremdbestimmung nicht aus dem Autonomieprinzip beziehen können. In diesem Abschnitt interessiert die Frage, nach welchem Prinzip das Eingriffsunrecht bei Einwilligungen für genuin urteilsunfähige Personen aufgewogen wird. Bei diesen seit Geburt urteilsunfähigen Personen kann die Selbstbestimmung nicht zum Kriterium der Rechtfertigung gemacht werden⁵⁴⁸. Sie können und konnten nie einen autonomen Willen äussern⁵⁴⁹. Mangels früherer Willensäusserungen, die zu berücksichtigen sind,

⁵⁴³ Eingehend zu den unterschiedlichen ‚*Prinzipien der Rechtfertigung*‘ bei Einwilligungs- und Notstandsrechtfertigungen, STRATENWERTH, ZStW [1956] S. 41 ff.

⁵⁴⁴ Siehe Fn. 521.

⁵⁴⁵ AMELUNG, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 6; einschränkend ESER, in: GS-Schröder, S. 207 f.; im Übrigen Fn. 101 oben.

⁵⁴⁶ Nach dem Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 27, kann „*die Zustimmung zum Eingriff für sich allein dessen Rechtmässigkeit noch nicht bewirken. Vielmehr muss der Eingriff auch medizinisch geboten sein...*“

⁵⁴⁷ Vgl. oben Fn. 105 ff.

⁵⁴⁸ BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 23.

⁵⁴⁹ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 114 f.; MERKEL, in: Medizinstrafrecht, S. 165; DERS., ZStW [1995] 545, 563 f.

folgen Vertreterereinigungen hier dem sog. „**best interest principle**“⁵⁵⁰: Dies bedeutet, dass die Vertreter bei ihren Einwilligungen die Interessen des genuin Urteilsunfähigen stets bestmöglich zu wahren haben⁵⁵¹. Dabei sind primär die gesundheitlichen Folgen des Eingriffes in Rechnung zu stellen. Die Vertreter dürfen deshalb nur medizinisch indizierten Eingriffen zustimmen. Indiziert sind Eingriffe, deren therapeutischer, diagnostischer oder prophylaktischer Nutzen die mit dem Eingriff verbundenen Risiken überwiegt. Es geht mithin um eine Abwägung, um ein Gegenüberstellen der Gefahren und Chancen eines Eingriffes⁵⁵². Macht man die medizinische Indikation zum wichtigsten Kriterium für die Rechtfertigungswirkung der Vertreterentscheide, dann ist gleichzeitig auch klar, dass im Zentrum der Rechtfertigung nicht die Einwilligungserklärung des Vertreters sondern die genannte Abwägung steht. Der Verletzungsunwert medizinischer Eingriffe an Einwilligungsunfähigen wird aufgewogen durch die Aussicht auf gesundheitliche Besserung.

Kleinkinder und seit Geburt geistig schwer behinderte Menschen können nicht in Selbstbestimmung über ihre Körperintegrität verfügen. Die Eingriffslegitimation kann sich deshalb nicht auf das Autonomieprinzip stützen. Bei der stellvertretenden Einwilligung steht die Wahrung von Gesundheits- und Integritätsinteressen des Vertretenen im Mittelpunkt der Rechtfertigung. Vertreterereinigungen für seit Geburt urteilsunfähige Menschen sind deshalb im Kern Abwägungsrechtfertigungen und folgen dem Prinzip des **überwiegenden Interesses**⁵⁵³. Allerdings wirkt die Vertreterereinigung nur rechtfertigend, sofern überwiegende *Interessen des Vertretenen* selbst gewahrt werden. Überwiegende *Interessen Dritter* sind kein zureichender Grund, die Integritätsinteressen Einwilligungsunfähiger zu verletzen, wie oben am Beispiel von Organentnahmen⁵⁵⁴ und Forschungseingriffen⁵⁵⁵ eingehend erläutert wurde. Als vorläufiges Ergebnis

⁵⁵⁰ Vgl. den englischen Originaltext von Art. 3 Ziff. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107) [www.unicef.org/crc/fulltext.htm; Stand: 20. Februar 2004].

⁵⁵¹ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 94; dazu oben Fn. 115 ff.

⁵⁵² Hierzu BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 94: „*Thus, according to the best interest principle, the surrogate must try to determine the net benefits to the patient of each option, after assigning weights reflecting the relative importance of various interests affected when subtracting the 'costs' from the 'benefits' for each option.*”

⁵⁵³ Zur Güterabwägung als Prinzip der Rechtfertigung im Allgemeinen KRAUSS, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 14; ROXIN, AT I, § 14 N 37 ff.; SEELMANN, Verhältnis von § 34 StGB zu andern Rechtfertigungsgründen, S. 32; STRATENWERTH, ZStW [1956] 41.

⁵⁵⁴ Vgl. Fn. 403 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. Fn. 250 ff.

steht somit fest, dass die stellvertretende Einwilligung für genuin Urteilsunfähige entgegen ihrer Bezeichnung keine Einwilligungsrechtfertigung ist.

V. Vertreterereinwilligung bei nachträglicher Urteilsunfähigkeit

Bei genuiner Urteilsunfähigkeit basiert die Rechtfertigungswirkung der Vertreterereinwilligung auf einer Abwägung. Es stellt sich die Frage, ob dies auch bei nachträglicher Urteilsunfähigkeit gilt. Im Unterschied zu genuin Urteilsunfähigen liegen hier unter Umständen frühere Willensäußerungen vor, die zu beachten sind. Zwar muss auch der Vertreter eines einst Urteilsfähigen grundsätzlich dessen Gesundheitsinteressen wahren, doch hat er zusätzlich Mutmassungen über den Eingriffswillen des Betroffenen anzustellen. Die Frage lautet nicht mehr: „Was ist objektiv angezeigt?“, sondern: „Wie würde sich der Betroffene entscheiden, wäre er dazu in der Lage?“. Nach BUCHANAN und BROCK folgt die stellvertretende Einwilligung für ehemals urteilsfähige Personen dem so genannten **„substituted judgement principle“**⁵⁵⁶. Es handelt sich hierbei um eine stellvertretende Beurteilung im Sinne und nach den Wünschen des Betroffenen, wie sie im deutschsprachigen Rechtsraum bei der mutmasslichen Einwilligung gefordert wird⁵⁵⁷. Damit wird ein Element der Patientenautonomie in die Rechtfertigung miteinbezogen. Trotz dieser Pflicht, frühere Patientenwünsche zu berücksichtigen⁵⁵⁸, lässt sich der Unrechtsausschluss auch bei der Vertreterereinwilligung für ehemals Urteilsfähige nicht pauschal mit dem Autonomieprinzip erklären. Der Unrechtsausschluss lässt sich allenfalls dann unter Bezugnahme auf das Autonomieprinzip begründen, wenn hinreichend konkrete Hinweise auf einen autonom gebildeten Patientenwillen vorhanden sind. Für die Beurteilung der Rechtfertigungsprinzipien, die der Vertreterentscheidung zugrunde liegen, müssen deshalb Eingriffssituationen, in denen ein Patientenwille eindeutig auszumachen ist, von Situationen unterschieden werden, in denen solche Hinweise fehlen oder vage sind.

⁵⁵⁶ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 94 f und 112 ff; zur richtigen Anwendung des substituted judgement principles siehe LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 112 ff.; vgl. auch oben Fn. 117 ff.

⁵⁵⁷ REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 309 f.; paradigmatisch BGH, NJW [1995] 204, 205, im „Kemptener Sterbehilfe Entscheid“, wonach es für die Annahme einer mutmasslichen Einwilligung ankommt „[...] auf frühere mündliche oder schriftliche Äusserungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen...“.

⁵⁵⁸ Siehe auch die Überschrift zu Art. 9 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]: „zu einem früheren Zeitpunkt geäußerte Wünsche“; Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 303 f.

- Sind eindeutige Hinweise auf die Ablehnung oder Befürwortung des Eingriffes durch den Betroffenen vorhanden, was praktisch nur bei Vorliegen einer Patientenverfügung der Fall sein dürfte, dann soll sich die Rechtfertigung mit dem **Autonomieprinzip** erklären lassen. Gemäss dem Vorentwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht wirken solche Patientenverfügungen nämlich wie aktuelle Einwilligungen⁵⁵⁹. Der früher im Hinblick auf eine spätere Urteilsunfähigkeit geäusserte und allenfalls niedergeschriebene Wille soll danach als Akt tätiger Selbstbestimmung auch über die eigene Urteilsfähigkeit hinaus rechtfertigend wirken⁵⁶⁰. De lege ferenda führt dies zu der perplexen Situation, dass bei Vorliegen einer solchen Patientenverfügung eine Vertreterentscheidung überflüssig wird⁵⁶¹. Die Frage nach den der Vertreterereinstimmung zugrunde liegenden Rechtfertigungsprinzipien wird damit obsolet. Dies entspricht der Handhabung hinreichend konkretisierter Vorabesstattungen in den Vereinigten Staaten von Amerika. Für Patientenverfügungen gilt dort das sog. „**advanced directive principle**“: „*It states, that where a clear and bona fide advanced directive is available, it is to be followed ... [it] provides an answer not only to the question of how decisions are to be made, but also who is to make them. It locates the decision making authority in the formerly competent individual.*“⁵⁶² Eine derart weit gehende Rechtfertigungswirkung von Vorabesstattungen wie sie im neuen Erwachsenenschutzrecht vorgesehen ist, dürfte allerdings nicht dem Meinungsstand in der Lehre entsprechen, welche antizipierte Zustimmungserklärungen wegen immanenter Aufklärungsdefizite und fehlender Widerrufsmöglichkeit lediglich als Indiz für den mutmasslichen Willen gelten lässt⁵⁶³. Folgt man der herrschenden Lehre und wertet Patientenverfügungen nur als Indiz für den mutmasslichen Willen, dann lässt sich die Rechtfertigungswirkung von Vertreterereinstimmungen selbst bei Vorliegen selbstbestimmter Vorabesstattungen nicht alleine auf das Autonomieprinzip stützen. Eine zusätzliche, objektivierte Beurteilung der Gesundheitsinteressen des Betroffenen und damit eine abwägende Gegenüberstellung der Ein-

⁵⁵⁹ Art. 373 Abs. 2 VE-Er Erwachsenenschutz 2003 (Fn. 16) lautet: „Eine hinreichend klare Patientenverfügung gilt als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung, ...“. Zur Kontroverse um die diesbezügliche Wirkung von Patientenverfügungen oben Fn. 294 ff.

⁵⁶⁰ I.d.S. etwa TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141.

⁵⁶¹ So explizit der Bericht-Er Erwachsenenschutz 2003 (Fn. 16), S. 29. Zum Ganzen oben Fn. 91 ff.

⁵⁶² BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 95.

⁵⁶³ Zusammenfassend zu den Argumenten Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 303 f.; K. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, S. 141 ff.; SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 571 f.; kritisch KOCH, in: Medizinethische Materialien, Heft 93, S. 34; eingehend oben Fn. 294 ff.

griffschancen und -risiken bleibt so unumgänglich⁵⁶⁴. Der mutmasslich eingriffsbefürwortende oder -ablehnde Wille kann dann allenfalls in diese Abwägung miteingestellt werden. Gerechtfertigt ist der Eingriff nach dieser Lehrmeinung jedoch nicht wegen der früheren Preisgabe der Körperintegrität durch den Betroffenen, sondern weil der Eingreifende die Gesundheitsinteressen des Betroffenen *in dessen Sinne* wahrt⁵⁶⁵.

- Im Normalfall wird jedoch keine derartige Patientenverfügung vorliegen. Fehlen konkrete Hinweise auf einen Patientenwillen, dann soll nach herrschender Lehre das objektiv Vernünftige als gewollt unterstellt werden können⁵⁶⁶. Wird so auf die Sichtweise eines vernünftigen Patienten abgestellt, geht es aber nicht länger um die Respektierung autonomer Patientenwünsche⁵⁶⁷. Vielmehr läuft die genannte Unterstellung im Ergebnis ebenfalls auf eine objektive Interessenabwägung hinaus⁵⁶⁸. Zur Bestimmung des gemeinhin Vernünftigen wird man nämlich auf eine Indikationsstellung nicht verzichten können und hierzu auf objektive, naturwissenschaftlich belegte Abwägungsmassstäbe (Eingriffsrisiken und Heilungschancen) zurückgreifen müssen. Lassen sich keine eindeutigen Hinweise auf den Willen des ehemals urteilsfähigen Patienten finden, dann führt mit anderen Worten an einer Bestimmung der objektivierten Gesundheitsinteressen kein Weg mehr vorbei⁵⁶⁹. Im Zentrum der Rechtfertigung steht dann nicht länger das über die Mutmassung eingebrachte Element der Patientenautonomie, sondern eine Abwägung von Eingriffsrisiken und Gesundheitsnutzen. Deshalb können - wie im zweiten Teil ausführlich dargelegt wurde - rein drittnützige Eingriffe, wie etwa Organentnahmen, nicht über die mutmassliche Einwilligung gerechtfertigt werden⁵⁷⁰. Obwohl sich Vertreterentscheide für ehemals Urteilsfähige grundsätzlich nach dem substituted judgement principle zu richten haben, muss dort, wo konkrete Hinweise auf frühere Willensäusserungen fehlen, wieder auf die Abwägungsgesichtspunkte des best interest

⁵⁶⁴ K. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, S. 188.

⁵⁶⁵ Dazu eingehend unten Fn. 600 passim.

⁵⁶⁶ REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 310; WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 164; BGH, NJW [1988] 2310, 2311; s.a. SAMW, Richtlinien zur Betreuung von Patienten am Lebensende (Vernehmlassungsentwurf 2004), II. Ziff. 2.2, in: SÄZ [2004] 288, 289.

⁵⁶⁷ Eindringlich BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 113 f.; BUSSMANN, Heileingriffe, S. 79.

⁵⁶⁸ BUSSMANN, Heileingriffe, S. 79; TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I, S. 505 f.

⁵⁶⁹ BUSSMANN, Heileingriffe, S. 78; SEELMANN, in: FS-Trechsel, S. 575 f.

⁵⁷⁰ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 32 N 19; Siehe oben Fn. 453 ff.

principle zurückgegriffen werden⁵⁷¹. Zu Recht warnt deshalb Y. HANGARTNER davor, bei mangelnden Hinweisen auf den Willen des Patienten der Verlockung zu erliegen, „*sich auf den sicheren Boden des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zurückzuziehen*“⁵⁷².

Sieht man von der umstrittenen, unmittelbaren Einwilligungswirkung von Patientenverfügungen, wie sie im neuen Erwachsenenschutzrecht vorgesehen ist einmal ab, dann verweisen auch Vertreterereinigungen für ehemals Urteilsfähige letztlich zurück auf Güterabwägungen nach dem **Prinzip des überwiegen-den Betroffeneninteresses**. Fehlen jegliche Hinweise auf den Betroffenenwillen, dann tritt die Güterabwägung ganz an die Stelle der Mutmassung, weil das objektiv Vernünftige als gewollt unterstellt werden darf. Bei vagen Hinweisen auf den Betroffenenwillen ist ein positiver Interessensaldo neben der mutmasslichen Eingriffsbilligung zwingende zusätzliche Rechtfertigungsvoraussetzung. Zusammenfassend kann deshalb auch bei ehemals Urteilsfähigen die stellvertretende Einwilligung entgegen ihrer Bezeichnung nicht als Einwilligungsrechtfertigung gelten.

VI. Fazit

Am Anfang stand die Frage nach der Berechtigung der stellvertretenden Einwilligung als Rechtfertigungsgrund angesichts der mit ihr notwendig einhergehenden Fremdbestimmung. Dass der Eingriffsentscheid bloss relativ höchstpersönlicher Natur und eine Vertretung deshalb möglich sei, vermag als Begründung nicht zu überzeugen, weil dabei das eigentliche thema probandum, nämlich die Zulässigkeit der Vertretung an sich, bereits als Prämisse unterstellt werden muss. Die Berechtigung der stellvertretenden Wahrnehmung von Eingriffsentscheiden erschliesst sich erst mit einem Blick auf deren Prinzipien der Rechtfertigung.

Aktuellen Einwilligungen liegt der Autonomiegedanke und somit das Prinzip des **mangelnden Interesses**⁵⁷³ als Maxime der Rechtfertigung zugrunde. Dies soll nach dem diesbezüglich umstrittenen Entwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht auch für hinreichend konkretisierte frühere Einwilligungen gelten.

⁵⁷¹ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 112 f./120.

⁵⁷² HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, S. 81 f.

⁵⁷³ Streitig, vgl. oben Fn. 525 passim.

Bei der stellvertretenden Einwilligung geht es jedoch der Sache nach um Fremdbestimmung und zwar selbst dann, wenn der Eingriff durch den Betroffenenwillen mutmasslich gedeckt erscheint. Eine mutmassliche Einwilligung ist eben keine wirkliche Einwilligung, sondern bloss ein normatives Konstrukt⁵⁷⁴. Über eine Mutmassung lässt sich dem Betroffenen deshalb kein Einverständnis mit einem Eingriff unterstellen, der ihm nicht auch zusätzlich nützt⁵⁷⁵. Bei genuin Urteilsunfähigen sind die gesundheitlichen Interessen ohnehin einziger Parameter der Vertreterentscheidung, Mutmassungen über einen Willen lassen sich für diese Personen nicht anstellen. Weder bei genuiner noch bei nachträglicher Urteilsunfähigkeit kommt man deshalb bei der Beurteilung von Vertreterereinigungen an einer Bestimmung der objektivierten Gesundheitsinteressen vorbei. Im Zentrum der Rechtfertigung stehen die medizinische Indikation der Massnahme und damit eine abwägende Gegenüberstellung der Eingriffschancen und -risiken. Stellvertretende Einwilligungen verweisen somit zurück auf Abwägungsüberlegungen, wie sie Rechtfertigungsgründen nach dem Prinzip des **überwiegenden Betroffeneninteresses** zugrunde liegen. Die Fiktion, dass stellvertretende Einwilligungen gleich wie persönlich erklärte Einwilligungen wirken sollen⁵⁷⁶, lässt sich wegen der unterschiedlichen Rechtfertigungsprinzipien nicht aufrechterhalten. Damit ergibt sich eine vorläufige Antwort auf die Frage nach der Berechtigung der Einwilligung in Stellvertretung: Nicht die fremdbestimmte Einwilligungserklärung sondern Abwägungsgedanken tragen die Rechtfertigung⁵⁷⁷. Wenn es tatsächlich der überwiegende Heilzweck der Intervention ist, der die Rechtfertigung trägt, dann kann mit Recht gefragt werden, weshalb man konsequenterweise nicht auf die Einwilligungserklärung des Vertreters verzichtet und welche Funktion den Vertretern dann noch zukommt.

⁵⁷⁴ BUSSMANN, Heileingriffe, S. 78; G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 548; ROXIN, AT I, § 18 N 4; s.a. oben Fn. 455 ff.

⁵⁷⁵ Freilich umstritten, vgl. etwa HÄCKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 3 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 25 f.; TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141; s.a. Fn. 143 ff.; 592; 600 ff.

⁵⁷⁶ TAUPITZ, in: Atypische Neuroleptika, S. 61.

⁵⁷⁷ Bericht-Erwachsenenschutz 2003 [Fn. 16], S. 27; im Ergebnis gleich KERN, NJW [1994] 753, 759 und KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 130 ff.

§ 17 Einwilligung in Stellvertretung?

Vertretereinwilligungen rechtfertigen nur insoweit, als der verfolgte Heilzweck die Beeinträchtigungen und Gefahren des Eingriffes voraussichtlich überwiegt. Was gleichzeitig bedeutet, dass die Vertretererklärung selbst für die Rechtfertigung zweitrangig ist. Man kann sich deshalb fragen, ob eine Vertretereinwilligung nicht ganz entbehrlich ist und das Eingriffsunrecht sich stattdessen über vertretungsunabhängige Rechtfertigungsgründe aufheben lasse⁵⁷⁸. In der Folge wird zu untersuchen sein, ob der ärztliche Eingriff anstelle der Vertretereinwilligung nicht nach den Prinzipien der Notstandshilfe (I.) oder der mutmasslichen Einwilligung (II.) gerechtfertigt werden könnte, oder ob es vielleicht dennoch gute Gründe gibt, an der Vertretereinwilligung festzuhalten (III.). Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse soll sodann versucht werden, die eigentliche Funktion der Vertreter näher zu erläutern (IV.).

I. Notstandshilfe statt Vertretereinwilligung?

Die Handlung des Notstandshelfers ist gerechtfertigt, weil jemandem geholfen wird, der durch eine unmittelbare Gefahr bedroht ist, und hierbei überwiegende Interessen gewahrt werden (Art. 34 Ziff. 2 StGB). Unklar mag zunächst sein, ob beim Eingriff an Nichteinwilligungsfähigen überhaupt eine Notstandssituation vorliegt. Typisch für die Notstandshilfe ist, dass dem durch eine gegenwärtige Gefahr Bedrohten auf Kosten eines Dritten geholfen wird. Genau diese Konstellation liegt aber im Falle medizinischer Eingriffe an Urteilsunfähigen nicht vor. Es wird nicht in die Körperintegrität eines *Unbeteiligten* eingegriffen, sondern in die Körperintegrität genau desjenigen, der auch durch die Gefahr bedroht ist. Es kollidiert das Integritäts- mit dem (überwiegenden) Heilungsinteresse ein und derselben Person. Diese Fälle der sog. **individuellen Interessenkollision** sollen nach herrschender Lehre auch den Regeln der Notstandshilfe folgen⁵⁷⁹. Weil aber die Interessen nur einer Person kollidieren, lassen sich die Abwägungssaldi der herkömmlichen Notstandsrechtfertigungen nicht heranziehen⁵⁸⁰. Beim

⁵⁷⁸ S.a. ESER, in: GS-Schröder, S. 210 ff.

⁵⁷⁹ BUSSMANN, Heileingriffe, S. 87 f.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 53; differenzierend WEISENBERGER, Einwilligung, S. 154 dortige Fn. 653; für das dt. Recht KÜHL, AT, § 8 N 34 und im Verhältnis zur mutmasslichen Einwilligung: § 9 N 46; LENCKNER/ PERRON, in: Schönke/Schröder²⁶, § 34 N 8a; TRÖNDLE/FISCHER⁵¹, Strafgesetzbuch, § 34 N 7; a.M. MERKEL, in: Medizinstrafrecht, S. 165 und SCHROTH, JUS [1992] 476, 478.

⁵⁸⁰ Zu den Kriterien der Abwägung umfassend DELONGE, Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 77 ff.

Agressivnotstand wird ein *wesentliches Überwiegen* der gewährten Interessen verlangt, weil die Solidarität eines unbeteiligten Dritten in Anspruch genommen wird. Beim Defensivnotstand müssen die gewährten Interessen *nicht überwiegen*, weil sie gegen eine Bedrohung aus dem Verantwortungsbereich des Notstandsopfers verteidigt werden⁵⁸¹.

Die individuelle Interessenkollision bei Eingriffen an Urteilsunfähigen folgt eigenen Abwägungsregeln. Urteilsunfähige dürfen nur indizierten Eingriffen unterzogen werden. Für eine Indikation genügt jedoch, dass der verfolgte Heilzweck die mit dem Eingriff verbundenen Risiken *einfach überwiegt*. Ein einfaches Überwiegen der Interessen muss genügen, weil der Notstandshelfer hier zugunsten des Bedrohten und nicht wie bei der Agressivnotstandshilfe auf Kosten eines Unbeteiligten eingreift. Die Tatsache, dass die Gesundheits- mit den Integritätsinteressen ein und desselben Patienten kollidieren, soll also eine Berufung auf Notstandshilfe nicht ausschliessen⁵⁸². Wenn sich aber ärztliche Eingriffe sowohl über Notstandshilfe als auch über die stellvertretende Einwilligung rechtfertigen lassen, dann stellt sich die Frage nach der **Konkurrenz** zwischen diesen beiden Rechtfertigungsgründen⁵⁸³. Probleme ergeben sich dann, wenn eine Einwilligung eines Vertreters nicht eingeholt wurde, obwohl die Gelegenheit dazu bestand, die Rechtfertigungsvoraussetzungen der Notstandshilfe hingegen vorliegen⁵⁸⁴. Will man in diesem Fall dennoch am unbedingten Erfordernis einer Vertreter Einwilligung festhalten, dann wird eine Begründung dafür anzugeben sein, weshalb der in seinen Voraussetzungen vorliegende Rechtfertigungsgrund der Notstandshilfe keine Anwendung findet⁵⁸⁵. Vorab ist jedoch noch zu untersuchen, inwiefern sich Eingriffe an Urteilsunfähigen auch über die mutmassliche Einwilligung rechtfertigen lassen.

⁵⁸¹ DELONGE, Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 154 ff.; KÜHL, AT, § 8 N 134 ff.; SEELMANN, AT, S. 49 ff.

⁵⁸² Differenzierend DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 167, die § 34 (dt.) StGB nur auf individuelle Interessenkollisionen bei *Einwilligungsunfähigen* anwenden will.

⁵⁸³ JAKOBS, AT, 11 N 16 f.; ROXIN, AT I, § 14 N 44 ff.; SEELMANN, Verhältnis von § 34 StGB zu andern Rechtfertigungsgründen, S. 19 ff.

⁵⁸⁴ Sog. „Kollision von Rechtfertigungsgründen“; hierzu DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 152 ff.

⁵⁸⁵ Dazu unten III.

II. Mutmassliche Einwilligung statt Vertreterereinwilligung?

Im vorangegangenen Paragraphen wurde untersucht, nach welchem Prinzip der Rechtfertigung das Unrecht bei Vertreterereinwilligungen aufgehoben wird⁵⁸⁶. Dabei wurde dargelegt, dass die Vertreter bei ihren Einwilligungsentscheiden einerseits das gesundheitliche Wohl andererseits aber auch frühere Willensäusserungen des Betroffenen zu berücksichtigen haben. Soweit frühere Willensäusserungen in die Vertreterentscheidung miteinzubeziehen sind, richtet sich diese nach dem ‚substituted judgement principle‘⁵⁸⁷: Es ist eine stellvertretende Beurteilung des Eingriffswillens im Sinne und nach den Wünschen des Betroffenen vorzunehmen⁵⁸⁸. Der Eingriff ist gerechtfertigt, sofern damit die Gesundheitsinteressen des Betroffenen in seinem Sinne gewahrt werden. Damit ist jedoch gleichzeitig auch klar, dass die stellvertretende *Einwilligungserklärung* selbst für die Rechtfertigung nicht ausschlaggebend ist, was zur weitergehenden Frage führte, ob die Vertretererklärung deshalb nicht ganz entbehrlich sei. Nachdem soeben dargelegt wurde, inwiefern Eingriffe an Urteilsunfähigen über die Notstandshilfe zu rechtfertigen sind, geht es im Folgenden darum, ob sich Eingriffe an Urteilsunfähigen *anstelle* einer Vertreterereinwilligung nicht auch über die mutmassliche Einwilligung rechtfertigen liessen.

Auf die mutmassliche Einwilligung wurde bereits verschiedentlich eingegangen⁵⁸⁹. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Verletzungshandlung nicht rechtswidrig ist, sofern sie aller Voraussicht nach die Billigung des Verletzten finden würde, wenn er sich dazu äussern könnte⁵⁹⁰. Allgemein anerkannt ist die mutmassliche Einwilligung als subsidiärer Rechtfertigungsgrund zur tatsächlichen Einwilligung, wenn letztere nicht einholbar, ein Eingreifen aber dennoch unaufschiebbar gewesen ist⁵⁹¹. Umstritten ist hingegen, ob der Eingriff nebst der mutmasslichen Billigung zugleich auch noch im objektiven Interesse des Betroffenen liegen muss⁵⁹². Im Grundsatz spricht somit nichts gegen eine Recht-

⁵⁸⁶ Vgl. § 16 oben, Fn. 521 ff.

⁵⁸⁷ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 94 f und 112 ff.; zum Ganzen oben Fn. 556 ff.

⁵⁸⁸ Eingehend oben Fn. 57 ff.

⁵⁸⁹ Siehe oben Fn. 55 ff.; 143 ff.; 453 ff.

⁵⁹⁰ Wobei unerheblich bleibt, ob er sie nachträglich tatsächlich billigt, STRATENWERTH, AT I, § 10 N 30; im Allgemeinen REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, § 22, 3; TRÖDLE/FISCHER, Strafgesetzbuch51, Vor § 32 N 4.

⁵⁹¹ Art. 8 i.V.m. Art. 9 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; hierzu COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 56 ff. und Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BB1 [2002] 271, 302 f; ausführlich GUILLOD, Consentement Eclairé, S. 178 ff.

⁵⁹² Eingehend HACKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 3 ff.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 25 f.; TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141.

fertigung von Eingriffen an Einwilligungsunfähigen über die mutmassliche Einwilligung, wobei allerdings die folgenden zwei Einschränkungen zu beachten sind:

- Erstens eignet sich die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht bei allen **Arten von Urteilsunfähigkeit**. Bei der mutmasslichen Einwilligung muss der Eingreifende versuchen, in einer Gesamtschau der Lebenseinstellung und früherer Willensäußerungen im Sinne des Betroffenen einen aktuellen Eingriffswillen zu eruieren⁵⁹³. Solche Mutmassungen lassen sich aber nur bei Personen anstellen, die *vor* ihrer momentanen Urteilsunfähigkeit einmal imstande waren, einen eingriffsspezifischen Willen zu bilden⁵⁹⁴. Mit anderen Worten taugt die mutmassliche Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund bei genuin Urteilsunfähigen⁵⁹⁵. Weil diese seit Geburt urteilsunfähigen Personen einen eingriffsbefürwortenden oder -ablehnenden Willen nie haben bilden können, lässt er sich ihnen auch nicht über eine Mutmassung unterstellen⁵⁹⁶. Umgekehrt folgt daraus aber auch, dass für ehemals Urteilsfähige, bei denen die Möglichkeit besteht, aus früheren Äusserungen einen aktuellen Eingriffswillen zu eruieren, die mutmassliche Einwilligung der Notstandshilfe vorgeht⁵⁹⁷. Für ehemals urteilsfähige Patienten braucht somit bei individueller Interessenkollision nicht auf die diesbezüglich in ihrer Anwendbarkeit umstrittene Notstandshilfe ausgewichen zu werden. Zwischen den divergierenden Lehrmeinungen⁵⁹⁸ lässt sich zusammenfassend insofern vermitteln, als Eingriffe an Personen, die ihre Urteilsunfähigkeit *verloren* haben, über deren mutmassliche Einwilligung zu rechtfertigen sind.
- Zweitens taugt die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht für alle **Arten von Eingriffen**. Insbesondere rein drittnützige Eingriffe lassen sich nicht über die mutmassliche Einwilligung rechtfertigen. Die-

⁵⁹³ TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I, S. 505 ff.; vgl. auch oben Fn. 57 ff.

⁵⁹⁴ LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 109 f.

⁵⁹⁵ Zum Begriff der genuinen oder konstitutionellen Urteilsunfähigkeit siehe oben Fn. 106 *passim*.

⁵⁹⁶ Deutlich BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 114 f.; LEBIT, J Law Health 7 [1992] 107, 125 ff.; MERKEL, ZStW [1995] 545, 563 ff.; BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 23.

⁵⁹⁷ DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 167 f.; LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder 26, § 34 N 8a; beide freilich ohne die Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Urteilsunfähigkeit.

⁵⁹⁸ Zur Anwendbarkeit der Notstandshilfe auf individuelle Interessenkollisionen, STRATEN-WERTH, AT I, § 10 N 53; dagegen SCHROTH, Jus [1992] 476, 478; im Übrigen vgl. Fn. 579.

ser Ausschluss drittnütziger Eingriffe ist allerdings umstritten und verweist zurück auf die generelle Kontroverse, ob das Betroffeneninteresse neben der mutmasslichen Einwilligung zusätzliche Rechtfertigungsvoraussetzung ist oder nicht⁵⁹⁹. Die Streitfrage lässt sich mit Blick auf die Rechtfertigungsstruktur der mutmasslichen Einwilligung beantworten: Wer mit gemutmasster Zustimmung des Betroffenen eingreift, ist gerechtfertigt, weil und soweit er sich diesem *solidarisch zuwendet*⁶⁰⁰. Hierdurch unterscheidet sich die mutmassliche Einwilligung vom Notstand, bei dem es um die *Inanspruchnahme von der Solidarität* des Notstandsopfers geht. Bei rein drittnützigen Eingriffen, wie beispielsweise Organentnahmen, wird die Solidarität der Spender in Anspruch genommen, weshalb sie nach den Grundsätzen der Notstandshilfe zu beurteilen sind⁶⁰¹. Diejenigen Lehrmeinungen, welche eigen- und rein drittnützige Eingriffe ebenfalls über die mutmassliche Einwilligung behandeln, beschränken deren Anwendbarkeit denn auch regelmässig auf Bagatellfälle, wie beispielsweise die gemutmasste Duldung einer Fallobstlese⁶⁰². Zu diesen Bagatellfällen lassen sich Organentnahmen jedoch zweifellos nicht zählen. Weil die mutmassliche Einwilligung der Struktur nach ein Rechtfertigungsgrund aus Solidarität mit dem Eingriffsopfer ist, muss sie auch auf Eingriffe beschränkt bleiben, die dem Betroffenen selbst einen Nutzen vermitteln.

Zusammenfassend liessen sich zumindest therapeutische Eingriffe auch über die mutmassliche Einwilligung rechtfertigen, allerdings nur bei Personen, die früher einmal urteilsfähig waren. Im Folgenden wird darzulegen sein, unter welchen Voraussetzungen die mutmassliche an die Stelle einer stellvertretenden Einwilligung treten kann, womit die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden Rechtfertigungsgründen angesprochen ist.

⁵⁹⁹ Dazu HACKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 3 ff.; STRATEN-WERTH, AT I, § 10 N 25 f.; TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141.

⁶⁰⁰ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 32 N 19; nach WEBER, in: FS-Baur, S. 139, geht es bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, die er als zivilrechtliche Entsprechung zur mutmasslichen Einwilligung versteht, um das „*Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Förderung verantwortungsvoller Initiative zugunsten des Nächsten ...*“

⁶⁰¹ Seelmann, AT, S. 55.

⁶⁰² So LENCKNER, in: Schönke/Schröder²⁶, Vorbem §§ 32 ff N 55 m.H. und TRECHSEL/NOLL, AT I, S. 141; weitere Beispiele bei HACKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 7 f. und KÜHL, AT, § 9 N 46; unklar hingegen REHBERG/DONATSCH, Strafrecht I, § 22, 3., die Fälle eigennützigen Eingreifens (mutmasslicher gebilligter Strombezug) nicht eindeutig von Eingriffen im Interesse des Betroffenen (Abbruch eines einsturzgefährdeten, fremden Hauses) unterscheiden.

III. Festhalten an der Vertreterereinwilligung?

Der ärztliche Eingriff am Urteilsunfähigen liesse sich bei modifiziertem Abwägungssaldo ohne weiteres als eine Notstandshilfehandlung rechtfertigen. Ebenso könnte zumindest für Eingriffe an ehemals Urteilsfähigen die mutmassliche anstelle der stellvertretenden Einwilligung herangezogen werden. Dennoch darf nach herrschender Lehre auf eine Einwilligungserklärung der Vertreter nicht verzichtet werden⁶⁰³. Bereits bei der Abhandlung der Einwilligungsberechtigung im ersten Teil wurde dargelegt, dass eine Berufung auf den mutmasslichen Patientenwillen erst dann in Betracht kommt, wenn eine Vertreter- oder Angehörigeneinwilligung nicht einholbar ist und selbst für eine einstweilige Entscheidung der Vormundschaftsbehörden nicht mehr ausreichend Zeit verbleibt⁶⁰⁴. Das gleiche muss auch für die Notstandshilfe gelten.

Dieses unbedingte Festhalten an Einwilligungserklärungen selbst dort, wo diese infolge Fremdbestimmung zu einer Fiktion verkommen, wird verständlich, wenn man sich die Alternative vor Augen hält. Lässt man eine Berufung auf die Notstandshilfe oder den mutmasslichen Eingriffswillen zu, dann stellt man den Eingriffsentscheid ins alleinige Ermessen der eingreifenden Ärzte. Genau diese ärztliche Alleinentscheidung sollte mit der ‚informed consent‘-Doktrin aber überwunden werden. Indem man die Rechtmässigkeit medizinischer Eingriffe vom zustimmenden Willen des Betroffenen abhängig machte, hat man den Eingriffsentscheid aus den Händen des Eingreifenden nehmen wollen⁶⁰⁵. Die ganze Lehre von der aufgeklärten Einwilligung dient somit letztlich auch der Überwindung von ärztlichem Paternalismus⁶⁰⁶. Vor diesem Hintergrund behält das Institut der stellvertretenden Einwilligung seine Berechtigung. Mit der Interessenwahrnehmung durch die Vertreter wird garantiert, dass **Eingriffsentscheid und Eingriffsvornahme personell getrennt** bleiben. Diese Trennung ist ein

⁶⁰³ Art. 6 Abs. 2 und 3 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; vorbehalten bleiben Notfallsituationen nach Art. 8 der Konvention; vgl. Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 295 ff; LENCKNER, in: Schönke/Schröder²⁶, Vorbem §§ 32 ff. N 54; DERS./PERRON, in: Schönke/Schröder²⁶, § 34 N 8a.

⁶⁰⁴ S.o. Fn. 39 und 65, eindringlich HACKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, S. 248 f.

⁶⁰⁵ Hierzu grundlegend: BGE 117 Ib 197, 201; LK11-LILIE, Vor § 223 N 3. WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 150.

⁶⁰⁶ Grundlegend REHBOCK, EthikMed [2002] 131, 134 f; weiter Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 291 und COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 34; implizit CRAMER, in: FS-Lenckner, S. 775 f.

Hauptanliegen der ‚informed consent‘-Doktrin⁶⁰⁷. Liesse man den Rückgriff auf die Notstandshilfe oder die mutmassliche Einwilligung zu, würde dieses Hauptanliegen der Einwilligungsrechtfertigungen unterlaufen⁶⁰⁸. Damit ist die Konkurrenzfrage beantwortet. Eine teleologische Analyse der Vertreterereinwilligung ergibt eindeutig, dass eine primäre Berufung auf die Notstandshilfe oder die mutmassliche Einwilligung ausgeschlossen sein soll, weil damit der Hauptzweck der Einwilligungsrechtfertigungen vereitelt würde⁶⁰⁹. Nach G. JAKOBS ist die Berufung auf den generelleren Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen, wenn die Rechtfertigungsvoraussetzungen beim spezielleren Rechtfertigungsgrund enger oder insbesondere an ein bestimmtes Verfahren geknüpft sind⁶¹⁰. Die Rechtfertigungsvoraussetzungen bei der Vertreterereinwilligung sind insofern enger, als ein überwiegendes Eingriffsinteresse alleine nicht genügt. In verfahrensmässiger Hinsicht muss zusätzlich noch ein am Eingriff nicht beteiligter Vertreter zustimmen. Wurde die Einholung einer Vertreterereinwilligung in vorwerfbarer Weise versäumt, scheidet eine hilfsweise Berufung auf die Notstandshilfe oder die mutmassliche Einwilligung deshalb aus⁶¹¹.

Der subsidiäre Beizug von Notstandshilfe und mutmasslicher Einwilligung entfällt selbstverständlich nur dort, wo eine Vertreterereinwilligung einholbar gewesen wäre. Unaufschiebbare Notfalleingriffe sind auch ohne Vertreterereinwilligung als Notstandshilfe respektive über die Grundsätze der mutmasslichen Einwilligung gerechtfertigt, wenn der gesetzliche Vertreter nicht erreichbar ist und eine vormundschaftsbehördliche Entscheidung nicht abgewartet werden kann⁶¹².

IV. Funktion der Vertreter?

Es wurde gezeigt, dass nicht die stellvertretende Einwilligungserklärung für die Rechtfertigung massgebend ist, sondern die Tatsache, dass überwiegende Ge-

⁶⁰⁷ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 297; BERGER/HAAHROFF, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 135; GAUL, EthikMed [2002] 160, 161. STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 365; WÖLK, MedR [2001] 80.

⁶⁰⁸ DIETRICH, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand? S. 154.

⁶⁰⁹ A.M. BUSSMANN, Heileingriffe, S. 87.

⁶¹⁰ JAKOBS, AT, 11 N 17.

⁶¹¹ BGE 124 IV 258, 261, wonach sich der Arzt nicht auf die mutmassliche Einwilligung berufen kann, wenn er vor dem Eingriff Gelegenheit hatte, eine Einwilligung der Betroffenen einzuholen.

⁶¹² Art. 8 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 367 f.; LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder²⁶, § 34 N 8a.; siehe auch oben Fn. 39.

sundheitsinteressen der Einwilligungsunfähigen gewahrt werden. Trotzdem kann auf die Vertreterereinstimmung nicht verzichtet werden, weil sonst die Ärzte alleine über die Vornahme von Eingriffen entscheiden könnten. Die Funktion der Vertreter ist damit primär eine **treuhänderische**⁶¹³. Ihre Aufgabe besteht darin, die gesundheitlichen Interessen der Urteilsunfähigen gegenüber den eingreifenden Ärzten zu wahren und nötigenfalls durchzusetzen. Aus dieser Treuhänderstellung folgt aber auch, dass die persönlichen Ansichten der gesetzlichen Vertreter nur dort von Belang sind, wo sie mit dem Wohl des Vertretenen konform gehen. Mit anderen Worten hat der Wille der gesetzlichen Vertreter für die Rechtfertigung keine selbständige Bedeutung⁶¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob für ehemals Urteilsfähige oder für seit Geburt Urteilsunfähige eingewilligt wird⁶¹⁵:

- Frühere Willensäußerungen *ehemals Urteilsfähiger* machen bei hinreichender Deutlichkeit eine Vertreterereinstimmung entweder ganz überflüssig⁶¹⁶ oder binden den Vertreter zumindest dergestalt, dass für dessen eigene Wertvorstellungen kein Raum bleibt. Der Vertreter hat den Betroffenenwillen als Bote zu übermitteln und nicht selbst zu entscheiden⁶¹⁷. Fehlen Anzeichen für frühere Willensäußerungen, dann ist nach wohl herrschender Lehre auf den mutmasslichen Eingriffswillen eines vernünftigen Dritten abzustellen⁶¹⁸ - was im Ergebnis wieder auf eine objektive Interessenabwägung hinausläuft⁶¹⁹ - und eben gerade nicht auf den Willen des gesetzlichen Vertreters.
- Bei Vertreterentscheiden für *seit Geburt Urteilsunfähige* bleibt für eigene Wertvorstellungen der Vertreter insoweit Raum, als der Eingriff nicht schädigend ist. Insbesondere Eltern haben innerhalb der Schranken des Kinds-

⁶¹³ BELLING, FuR [1990] 68, 71; BERNAT, VersR [2002] 1467, 1472; KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 132; SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 515; kritisch ROTHÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, MedR [1999] 293, 296.

⁶¹⁴ G. FISCHER, in: FS-Deutsch, S. 549; a.A. SCHIMIKOWSKI, Experiment am Menschen, S. 21.

⁶¹⁵ A.M. WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 161 ff., wonach bei ‚habituell‘ (dauernd) Urteilsunfähigen der Wille der Vertreter massgeblich sei [hierzu oben Fn. 109].

⁶¹⁶ Str.; siehe oben Fn. 559 ff.; zur unmittelbaren Geltung von Patientenverfügungen de lege ferenda im Übrigen Fn. 91 ff.

⁶¹⁷ SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 518; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 77.

⁶¹⁸ WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 164; vgl. auch BGH, NJW [1988] 2310, 2311 wonach bei mangelnden Anhaltspunkten für den Patientenwillen das objektiv vernünftige als gewollt unterstellt werden kann; weiter Fn. 566 ff. oben.

⁶¹⁹ Ebenso BUSSMANN, Heileingriffe, S. 79; MERKEL, ZStW [1995] 545, 564 und TAUPITZ, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I, S. 504; ausführlich BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 113 ff.

wohls ein verfassungsrechtlich verbürgtes Erziehungsermessen⁶²⁰. Hingegen ist die immer wieder anzutreffende Behauptung, wonach bei Unerreichbarkeit der gesetzlichen Vertreter eines Urteilsunfähigen auf *deren* mutmassliche Eingriffszustimmung abzustellen sei⁶²¹, schlicht falsch⁶²². Dies lässt sich aufzeigen am Beispiel von Eltern, die der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas angehören. Hätte man beim Entscheid über eine lebensnotwendige Bluttransfusion für das Kind auf den mutmasslichen Willen der Eltern abzustellen, dann müsste sie unterbleiben. Genau hier wird aber ganz deutlich, dass der Wille der Eltern jenseits des Kindeswohls keine selbständige Bedeutung hat⁶²³.

V. Fazit

Ausgangspunkt war die Feststellung, dass bei Eingriffen an Urteilsunfähigen letztlich nicht die Einwilligungserklärungen der Vertreter, sondern die Wahrung überwiegender Gesundheitsinteressen und des gemutmassten Betroffenenwillens die Rechtfertigung tragen. Dies führte zur Frage, ob die Vertreterereinstimmung nicht entbehrlich und durch vertretungsunabhängige Rechtfertigungsgründe ersetzbar sei. Obwohl sich Eingriffe an Urteilsunfähigen grundsätzlich sowohl über die Notstandshilfe als auch über die mutmassliche Einwilligung rechtfertigen liessen, hat eine teleologische Betrachtung der Einwilligungsdoktrin gezeigt, dass an der stellvertretenden Einwilligungserklärung festzuhalten ist, will man nicht Sinn und Zweck des ‚informed consent‘ unterwandern und zur (paternalistischen) Alleinentscheidung der Ärzte zurückkehren. Damit wurde aber auch deutlich, dass die Funktion der Vertreter eine rein treuhänderische und ihr eigener Wille für die Rechtfertigung ohne Belang ist. Mit anderen Worten lässt sich die durch die Bezeichnung *stellvertretende Einwilligung* angedeutete Fiktion einer Stellvertretung im Willen⁶²⁴ nicht aufrechterhalten.

⁶²⁰ BRAUCHLI, Kindeswohl als Maxime des Rechts, S. 126/138 ff.; R. REUSSER, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV Rz 27 f.; s.a. Art. 304 Abs. 1 ZGB und BGE 118 Ia 427, 435.

⁶²¹ FRÖHLICH, Forschung wider Willen? S. 202; LENCKNER, in: Schönke/Schröder²⁶, Vorbem §§ 32 ff N 54; ROXIN, AT I § 18 N 4.

⁶²² Ebenso KUHLMANN, Heilbehandlung, S. 125 f.

⁶²³ Im Ergebnis gleich WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 162 (dortige Fn. 173), welcher zwar auch auf den ‚*hypothetischen Willen des gesetzlichen Vertreters*‘ abstellt, allerdings nur dann, wenn er ein objektiv vernünftiger ist.

⁶²⁴ So etwa E. BUCHER, Ausübung der Persönlichkeitsrechte, S. 158; EBERBACH, FamRZ [1982] 450, 454; SCHWAB, in: FS-Henrich, S. 513; TAUPITZ, in: Atypische Neuroleptika, S. 61.

§ 18 Konsequenzen fehlender Vertreterereinwilligung

Der Erkenntnis, dass auf eine Vertretererklärung nicht verzichtet werden sollte, schliesst sich zuletzt noch die Frage nach den strafrechtlichen Folgen einer nicht eingeholten Vertreterereinwilligung an⁶²⁵. Was geschieht, wenn ein Arzt einen Urteilsunfähigen erfolgreich und lege artis behandelt, ohne dass die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt? Es soll hier nicht um missbräuchliche, dem Vertretenenwohl widersprechende Einwilligungsverweigerungen gehen. Diese Fälle fehlender Einwilligung führen zu einem Übergang der Einwilligungsberechtigung auf vormundschaftliche Organe⁶²⁶. Es interessieren hier Situationen, in denen eine Vertreterereinwilligung einholbar gewesen wäre, der Arzt dies aber unterlassen hat. Bei diesen einwilligungslosen Eingriffen geht es um das Problem ärztlicher Eigenmacht. Hierzu soll zuerst auf die strafrechtliche Erfassung eigenmächtigen Eingreifens bei Urteilsfähigen eingegangen werden (I.). In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob eigenmächtige Eingriffe an Urteilsunfähigen denselben Regeln folgen (II.).

I. Eigenmächtige Eingriffe an Urteilsfähigen

Von Eigenmacht spricht man, wenn ein Arzt ohne Einwilligung oder gegen den ausdrücklichen Eingriffswillen eines Patienten behandelnd tätig wird. Wie wird der eigenmächtige ärztliche Eingriff strafrechtlich erfasst? Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt jeder ärztliche Eingriff eine tatbestandsmässige Körperverletzung dar⁶²⁷. Entgegen Protesten aus der Lehre gilt das auch für den im Ergebnis gesundheitswahrenden Eingriff⁶²⁸. Dies wird vom Bundesgericht damit begründet, dass Art. 123 StGB nicht nur die Schädigung der Gesundheit, sondern jede Verletzung der körperlichen Integrität mit Strafe belege⁶²⁹. Durch diesen eigenständigen Schutz der Körperintegrität unterschei-

⁶²⁵ Diese Frage wurde von SCHWARZENEGGER im Zusammenhang mit Vertreterereinwilligungen zu Sterbehilfemassnahmen aufgeworfen (vgl. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 N 23).

⁶²⁶ BUSSMANN, Heileingriffe, S. 60; REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 312 f.; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 80; eingehend oben Fn. 46 ff.

⁶²⁷ Zuerst BGE 99 IV 208; bestätigt in BGE 124 IV 258, 260 f. (hierzu: SJZ [1999] 76).

⁶²⁸ Siehe etwa SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 N 49 StGB; umfassende Nachweise bei SCHULTZ, ZStrR [1990] 281, 286 f.; im Gegensatz zur Voraufgabe nunmehr zweifelnd bezüglich der Tatbestandslosigkeit STRATENWERTH/JENNY, BT I § 3 N 15.

⁶²⁹ BGE 99 IV 208, 209: „*Secondo gli art. 123 e 125 CP è punibile sia chi cagiona un danno al corpo sia chi lo cagiona all'integrità corporale.... L'integrità corporale è per se stessa protet-*

det sich der schweizerische Körperverletzungstatbestand massgeblich von § 223 (dt.) StGB, der auf körperliche Misshandlungen und Gesundheitsschädigung abhebt⁶³⁰. Nach schweizerischem Strafgesetzbuch sind deshalb nicht nur gesundheitsschädigende Eingriffshandlungen tatbestandlich erfasst, vielmehr fällt jede Substanzbeeinträchtigung des Körpers unter den Schutz der Körperverletzungsdelikte. Um dies mit einem Beispiel zu veranschaulichen: Die lebensrettende Blinddarmentfernung ist zwar im Ergebnis keine Gesundheitsschädigung, der dazu notwendige Bauchschnitt jedoch eine tatbestandsmässige Verletzung der Körperintegrität. Diese kann nur durch Einwilligung des aufgeklärten Patienten „gerechtfertigt“⁶³¹ werden⁶³². Insbesondere ist der Arzt nicht deshalb gerechtfertigt, weil er heilend eingreift oder überwiegende Gesundheitsinteressen wahr⁶³³. Eine Ausnahme vom unbedingten Einwilligungserfordernis gilt lediglich in Notfallsituationen, in denen eine Einwilligung nicht einholbar und das Abwarten einer Vertreterbestellung mit erheblichen gesundheitlichen Konsequenzen verbunden wäre. Hier ist der Arzt nach den Prinzipien der mutmasslichen Einwilligung oder der Notstandshilfe gerechtfertigt⁶³⁴. Wurde das Einholen einer Einwilligung hingegen versäumt, so hat sich der Arzt konsequenterweise wegen Körperverletzung zu verantworten⁶³⁵.

Hiergegen wurde eingewendet, dass der strafrechtliche Unwert eines erfolgreichen, aber ohne Einwilligung vorgenommenen Heileingriffes weniger in der Körperverletzung als vielmehr in der durch die Umgehung des Patientenwillens manifestierten Eigenmächtigkeit liege. Es gehe der Rechtsprechung deshalb nicht primär um die Verletzung des Körpers sondern des Selbstbestimmungsrechtes. Die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes sei aber ein Freiheitsdelikt und lasse sich deshalb nicht über die Körperverletzungstatbestände ahn-

ta. Il suo danneggiamento è punibile anche nel caso che non sia collegato con un danno alla salute.”

⁶³⁰ Diesen Unterschied gegenüber dem deutschen Tatbestandswortlaut unterschlägt SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 N 49 StGB, wenn er ausführt: „*wer den Patienten behandelt, misshandelt ihn nicht.*“ Zum deutschen Recht LACKNER/KÜHL, StGB²³ § 223 N 4 ff.

⁶³¹ Zum Streit um die tatbestandsausschliessende oder rechtfertigende Wirkung der Einwilligung GÖBEL, Einwilligung, S. 66 ff; KÜHL, AT, § 9 N 21 f.; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 26 ff und 46 ff.

⁶³² BGE 124 IV 258, 261; Art. 5 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 34 ff.

⁶³³ Einprägsam KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 219: „*Kein Arzt darf sich seine Patienten mit dem besorgten Hinweis: ‚Sie sehen aber schlecht aus‘ von der Strasse holen.*“

⁶³⁴ Art. 8 und 9 Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 56 ff.

⁶³⁵ BGE 108 II 59, 63: „*Or l'opération faite sans le consentement éclairé du patient est contraire au droit et l'est tout entière.*“

den⁶³⁶. Dem lässt sich in tatsächlicher Hinsicht entgegenhalten, dass der Patient auch den erfolgreichen Heileingriff subjektiv als Verletzung empfinden mag und es damit sehr wohl auch um die Ahndung der Körperverletzung gehe⁶³⁷. Aus rechtlicher Sicht lässt sich dem Einwand, es handle sich beim eigenmächtigen Eingriff um ein blosses Freiheitsdelikt, zweitens entgegenhalten, dass die Körperintegrität nicht um ihrer selbst Willen geschützt wird⁶³⁸. Vielmehr werden mit dem Integritätsschutz gleichzeitig auch die physischen Bedingungen der Betätigung von Freiheit gesichert. Der Körper lässt sich deshalb nicht unabhängig von körperbezogenen Selbstbestimmungsinteressen schützen⁶³⁹. Fehlt die Einwilligung, dann wird nicht nur die Körpersubstanz, sondern auch das darauf bezogene Erhaltungsinteresse verletzt. Die eigenmächtige Verletzung der Körpersubstanz geht somit unweigerlich mit einer Verletzung körperbezogener Selbstbestimmungsrechte einher. Diese Argumentation der notwendigen Interdependenz von ‚Körper und Geist‘ ist überzeugend⁶⁴⁰. Zusammenfassend lässt sich der eigenmächtige Eingriff des Arztes in Bezug auf einsichtsfähige Patienten deshalb schlüssig über die Körperverletzungsdelikte erfassen.

II. Eigenmächtige Eingriffe an Urteilsunfähigen

1. Problemstellung

Nach einer Betrachtung der Eigenmacht bei Einsichtsfähigen soll an dieser Stelle die Ausgangsfrage der Konsequenzen einer nicht eingeholten Vertreter-einwilligung wiederaufgenommen werden. Es geht um die Bewertung von eigenmächtigen Eingriffen an Urteilsunfähigen. Die diesbezüglich spärlichen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur begnügen sich mit der Feststellung, dass der Eingriff am Urteilsunfähigen bei Fehlen der Vertreter-einwilligung rechtswidrig bleibe, ohne die Strafwürdigkeit versäumter Vertreter-einwilligung näher zu begründen⁶⁴¹. In der Folge soll deshalb versucht werden, die

⁶³⁶ Vgl. SCHUBARTH-Kommentar Art. 123 N 52 StGB, der deshalb die Schaffung eines selbstständigen Tatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung fordert; weiter SCHULTZ, ZStrR [1990] 281, 287.

⁶³⁷ KOCH, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 220 ff.; KÜHL, AT, § 9 N 21 f.

⁶³⁸ GÖBEL, Einwilligung, S. 20 m.H.; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 6.

⁶³⁹ CRAMER, in: FS-Lenckner, S. 769 dortige Fn. 36; ESER, ZStW [1985] 1, 5 ff.; WEISSENBERGER, Einwilligung S. 148 f.

⁶⁴⁰ ROXIN, AT I § 13 N 14; TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 65 ff.

⁶⁴¹ I.d.S. pauschal REHBERG, in: Handbuch Arztrecht, S. 313; weiter GROTSCH, Heilbehandlung, S. 84 f.; BGH NJW [1988] 2946 ff. (oben Fn. 21), wonach beide sorgeberechtigten Elternteile einer Herzoperation bei ihrem Kind zustimmen müssen. In casu wurde die Einwilligung des Vaters nicht eingeholt, weshalb der Eingriff rechtswidrig sei.

strafrechtliche Erfassung eigenmächtigen Eingreifens bei Urteilsunfähigen in das System der Körperverletzungstatbestände einzupassen.

Unstreitig ist zunächst einmal, dass der ärztliche Eingriff auch bei Urteilsunfähigen tatbestandsmäßige Körperverletzung ist⁶⁴². Weiter gilt auch hier, dass der erfolgreich eingreifende Arzt zwar nicht die Gesundheit des Urteilsunfähigen, wohl aber dessen körperliche Integrität verletzt⁶⁴³. Hinsichtlich der strafrechtlichen Erfassung ärztlicher Eigenmacht lassen sich die Ausführungen zu den zustimmungslosen Eingriffen bei urteilsfähigen Patienten jedoch nicht unesehen auf Urteilsunfähige übertragen. Bei Urteilsunfähigen lässt sich nämlich nicht argumentieren, dass mit der Verletzung des Körpers auch körperbezogene Selbstbestimmungsinteressen verletzt würden. Urteilsunfähige können einen körperbezogenen Willen nicht bilden, geschweige denn artikulieren⁶⁴⁴, abgesehen von den seltenen Fällen hinreichend konkretisierter, im Hinblick auf eine spätere Urteilsunfähigkeit verfassten Patientenverfügungen⁶⁴⁵. Wo ein selbstbestimmter Wille fehlt, kann dieser auch nicht gebrochen oder umgangen werden⁶⁴⁶. Bei Urteilsunfähigen hat das eigenmächtige Eingreifen deshalb eine andere Qualität. Soweit es um einsichtsfähige Patienten geht, lässt sich schlüssig argumentieren, dass der Schutz der Körperintegrität die darauf bezogenen Selbstbestimmungsrechte mitumfassen muss. Eigenmächtige Eingriffe lassen sich insofern als Körperverletzungen bewerten⁶⁴⁷. Diese bei Urteilsfähigen einleuchtende Argumentation der Interdependenz von ‚Körper und Geist‘ lässt sich nicht auf Urteilsunfähige übertragen. Ihnen fehlt die Möglichkeit, selbstbestimmt über ihren Körper zu verfügen. Bei eigenmächtigen Eingriffen an nicht einsichtsfähigen Patienten wird deshalb lediglich die Pflicht verletzt, eine Vertretereneinwilligung einzuholen. Diese Pflicht lässt sich jedoch nur schwerlich in die Körperverletzungstatbestände hineinlesen. Will man eigenmächtiges Eingreifen an Urteilsunfähigen gleichwohl strafrechtlich erfassen, muss deshalb eine andere Begründung gefunden werden. In der Folge werden zwei Möglichkeiten aufgezeigt, das zustimmungslose Eingreifen bei Urteilsunfähigen nach geltendem und nach künftigem Recht strafrechtlich erfassbar zu machen (2.),

⁶⁴² BGE 99 IV 208; BGE 124 IV 258, 260 f.; s.a. oben Fn. 124; a.M. GROTSCH, Heilbehandlung, S. 85.

⁶⁴³ Hierzu oben Fn. 628 ff.

⁶⁴⁴ Ähnlich E. BUCHER, Ausübung der Persönlichkeitsrechte, S. 158 und WIEGAND, in: Handbuch Arztrecht, S. 161.

⁶⁴⁵ Hierzu oben Fn. 91 ff.

⁶⁴⁶ BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 115: „*The very notion of self-determination, and hence of a right of self-determination, only apply to beings who have [...] certain rather complex cognitive functions.*”

⁶⁴⁷ Hierzu TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 65 ff.; weiter Fn. 638 ff. oben.

bevor in einem weiteren Schritt nach einer eigentlichen Begründung für die Strafwürdigkeit der versäumten Vertreterereinwilligung gefragt werden soll (3.).

2. Eingriff ohne Vertreterereinwilligung als Körperverletzung?

In einem ersten Lösungsansatz wird versucht, die Strafbarkeit ärztlicher Eigenmacht in konsequenter Anwendung der in § 17 hergeleiteten Konkurrenzregeln zu begründen. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass der erfolgreich eingreifende Arzt zwar nicht die Gesundheit des Urteilsunfähigen verletzt, wohl aber dessen körperliche Integrität. Fehlt die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, dann kann sich der Arzt zur Rechtfertigung nicht auf die erfolgreich gewährten, überwiegenden Heilinteressen berufen. Dies käme einer Rechtfertigung über Notstandshilfe gleich. Ebenso wenig darf sich der Arzt alleine auf den mutmasslichen Patientenwillen stützen, solange eine Vertreterereinwilligung einholbar ist. Wie bei der Abhandlung der Konkurrenzverhältnisse dargelegt wurde, muss eine Eingriffsrechtfertigung über die Notstandshilfe und die mutmassliche Einwilligung ausscheiden, will man nicht zum alleinigen Eingriffsentscheid der Ärzte zurückkehren⁶⁴⁸. Der Ausschluss vertretungsunabhängiger Rechtfertigungsgründe hat zur Folge, dass der ohne Vertreterereinwilligung eingreifende Arzt wegen Körperverletzung zu bestrafen ist, weil Rechtfertigungsgründe fehlen. Diese Lösung drängt sich bei konsequenter Anwendung der erläuterten Konkurrenzregeln auf. Allerdings muss man sich auch vor Augen halten, dass damit faktisch über den Ausschluss von Rechtfertigungsgründen eine strafbewehrte Pflicht zur Einholung einer Vertreterereinwilligung geschaffen wird. Man kann sich deshalb fragen, ob der Ausschluss von Rechtfertigungsgründen der richtige Weg zur Erfassung ärztlicher Eigenmacht ist.

Zu bevorzugen wäre deshalb wohl eine zweite Lösung, bei der die versäumte Vertreterereinwilligung selbständig tatbestandlich erfasst wird, wie dies in der neueren medizinrechtlichen Gesetzgebung bereits Usus ist. So ist beispielsweise das Nichteinholen einer Vertreterereinwilligung bei klinischen Versuchen an Einwilligungsunfähigen nach Heilmittelgesetz strafbar⁶⁴⁹. Ebenso soll nach dem Entwurf zum Transplantationsgesetz der eigenmächtig explantierende Arzt künftig für das Nichteinholen der Vertreterereinwilligung strafrechtlich zur Ver-

⁶⁴⁸ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 296 f.; weiter Fn. 608 ff. oben.

⁶⁴⁹ Art. 86 Abs. 1 lit. g) HMG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 lit. b) HMG; zu den anwendbaren Bestimmungen im Detail Botschaft-Heilmittelgesetz [Fn. 205], BBl [1999] 3453, 3562 ff.

antwortung gezogen werden können⁶⁵⁰. Doch auch ausserhalb spezialgesetzlicher Strafbestimmungen werden sich eigenmächtige Eingriffe an Urteilsunfähigen künftig unter Art. 122 f. StGB subsumieren lassen⁶⁵¹. In der Biomedizin-Konvention wird die Pflicht zur Einholung einer Vertreterereinwilligung (Art. 6 Abs. 2 und 3) völkerrechtlich festgeschrieben. Die Biomedizin-Konvention ist eine Art grundrechtliche Patientencharta und steht als Übereinkommen des Europarates im Range der EMRK⁶⁵². Mit dem Inkrafttreten der Biomedizin-Konvention in der Schweiz werden die Bestimmungen zum ‚informed consent‘ und zur Vertreterereinwilligung⁶⁵³ ebenso unmittelbar geltendes und direkt anwendbares Völkerrecht wie die individuellen Menschenrechtsgarantien der EMRK⁶⁵⁴. Die strafrechtliche Erfassung nicht eingeholter Vertreterereinwilligung über Art. 122 f. StGB lässt sich so inskünftig bei verfassungs- und konventions-treuer Interpretation der Körperverletzungsdelikte schlüssig begründen⁶⁵⁵.

Zusammenfassend bestehen sowohl unter geltendem wie unter künftigem Recht Möglichkeiten, Eingriffe ohne Vertreterereinwilligung über die Körperverletzungsdelikte zu ahnden. Im Ergebnis lässt sich somit das Nichteinholen einer Vertreterereinwilligung mit Strafe belegen. Weiterhin unerklärt bleibt damit jedoch, worin die Strafwürdigkeit dieser Säumnis liegen soll.

3. Eingriff ohne Vertreterereinwilligung als strafbares Unrecht?

Abschliessend soll versucht werden, eine Begründung für den Unrechtsgehalt eigenmächtiger Eingriffe an Urteilsunfähigen zu formulieren. Bei Urteilsfähigen wurde argumentiert, dass mit der eigenmächtigen Verletzung des Körpers auch körperbezogene Selbstbestimmungsinteressen verletzt würden. Wegen der notwendigen Körperbezogenheit dieser Selbstbestimmungsinteressen müsse deren

⁶⁵⁰ Vgl. Art. 66 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Art. 13 Abs. 2 lit. e) Entwurf-Transplantationsgesetz [Fn. 374]; eingehend dazu Botschaft Transplantationsgesetz [Fn. 366], BBl [2002] 29, 181 f.

⁶⁵¹ A.M. noch GROTSCH, Heilbehandlung, S. 86.

⁶⁵² Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 273 und 283, mit Einschränkungen bezüglich der Gerichtsbarkeit; ebenso R. REUSSER, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 49 ff. und 61 f.; weiter COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 11], N 164 f.

⁶⁵³ Art. 5 und 6 Biomedizin-Konvention [Fn. 11].

⁶⁵⁴ Botschaft Biomedizin-Konvention [Fn. 4], BBl [2002] 271, 285 f.; STEFFEN/GUILLOD, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin, S. 353 f.

⁶⁵⁵ Nach BGE 125 II 417, 424 f. fühlt sich das Bundesgericht an die konventionsrechtlichen Garantien gebunden, „Landesrecht müsse daher in erster Linie völkerrechtskonform ausgelegt werden.“ Zur Vorrangstellung der Menschenrechtskonvention KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 18; zur grundrechtskonformen Auslegung EGLI, Drittwirkung, S. 145 f.

Schutz in Art. 122 f. StGB mitenthalten sein⁶⁵⁶. Diese an sich plausible Argumentation der Wechselbezüglichkeit von ‚Körper und Geist‘ lässt sich jedoch - zumindest auf den ersten Blick - nicht auf Urteilsunfähige übertragen. Urteilsunfähigen fehlt die Möglichkeit, einen körperbezogenen Willen zu kommunizieren. Weil sich den Urteilsunfähigen körperbezogene Erhaltungsinteressen nicht zuschreiben lassen, könne bei eigenmächtigem Eingreifen auch nicht sinnvoll von einer Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechtes gesprochen werden⁶⁵⁷. Bei näherem Hinsehen entpuppt sich dieser Schluss allerdings als vorschnell. In der medizinethischen Literatur wurde nämlich mit Recht darauf hingewiesen, dass mit dem Verlust der Einsichts- und Äusserungsfähigkeit nur die Möglichkeit zur Selbstbestimmung (sog. funktionale Seite der Autonomie) untergehe⁶⁵⁸. Die Autonomie als Anspruch auf „*Selbstgesetzlichkeit*“ und damit auf Unabhängigkeit von Fremdbestimmung hingegen ist ein Begriff der Freiheit und steht jedem Menschen unabhängig von seiner physischen Verfasstheit zu (sog. essentielle Seite der Autonomie)⁶⁵⁹. Mit anderen Worten ändert die fehlende Selbstbestimmungsfähigkeit nichts am grundsätzlichen Anspruch des Urteilsunfähigen als Mensch in seiner Subjektqualität und Autonomie respektiert zu werden⁶⁶⁰. Auf den Punkt gebracht, ist die Achtung von Autonomie eben nicht nur gegenüber entscheidungsfähigen Patienten möglich. THEDA REHBOCK formuliert das wie folgt: „*Die moralische Verpflichtung zur Achtung der Autonomie gilt unbedingt, unabhängig von der ‚Kompetenz‘. Von dieser hängt war ab, wie ... die Autonomie zu achten ist, nicht aber, ob sie überhaupt zu achten ist*“⁶⁶¹. Dieser unbedingte Anspruch auf Achtung der Autonomie kann bei Urteilsunfähigen beispielsweise dadurch abgesichert werden, dass ihnen selbständige Informations- und Mitentscheidungsmöglichkeiten eingeräumt werden, die ihren kognitiven Fähigkeiten angepasst sind⁶⁶². Ebenso dienen die diversen, in der neueren medizinrechtlichen Gesetzgebung statuierten Vetorechte Einwilligungsunfähiger dem Schutze ihrer Autonomie⁶⁶³.

⁶⁵⁶ Siehe oben Fn. 639 passim.

⁶⁵⁷ So etwa BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 115.

⁶⁵⁸ GAUL, Kann Autonomie „fremdvertreten“ werden? EthikMed [2002] 160, 162.

⁶⁵⁹ GAUL, EthikMed [2002] 160, 165 ff.

⁶⁶⁰ WÖLK, MedR [2001] 80, 88 f.; s.a. BRAUN, in: Biomedizin und Menschenwürde, S. 89.

⁶⁶¹ REHBOCK, Autonomie - Fürsorge - Paternalismus, EthikMed [2002] 131, 138.

⁶⁶² So etwa der Vorschlag von ROTHÄRMEL/WOLFSLAST/FEGERT, MedR [1999] 293; 296 ff.; s.a. WÖLK, MedR [2001] 80, 88.

⁶⁶³ Siehe etwa Art. 55 Abs. 1 lit. d) HMG und Art. 17 Abs. 1 (v) der Biomedizin-Konvention [Fn. 11]; zum Ganzen AMELUNG - Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger, S. 5 ff / 29 und Fn. 182 ff. / 397 ff. oben.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch das Unrecht zustimmungslosen Eingreifens bei Einwilligungsunfähigen näher bestimmen. Im eigenmächtigen Eingreifen bringt der Arzt seine Missachtung des Patienten als autonomer Persönlichkeit zum Ausdruck⁶⁶⁴. Diese letztlich auf HEGELS Anerkennungslehren⁶⁶⁵ zurückweisende Strafbegründung hat den Vorzug, dass mit der Verletzung des Anerkennungsanspruches durch den Arzt eine Begründung für die Strafwürdigkeit eigenmächtigen Eingreifens gegeben wird, die unabhängig ist von der Selbstbestimmungsfähigkeit des betroffenen Patienten⁶⁶⁶. Zusammenfassend erhebt sich der Arzt über den Urteilsunfähigen, wenn er ungefragt und in Eigenregie dessen körperliche Integrität verletzt. Im eigenmächtigen Vorgehen bringt der Eingreifende seine mangelnde Anerkennung des Betroffenen als gleichwertiges Rechtssubjekt zum Ausdruck⁶⁶⁷. Mit diesem Anerkennungsentzug ist zugleich auch das strafwürdige Unrecht benannt, das im eigenmächtigen Vorgehen verwirklicht wird.

III. Fazit

Sowohl bei Einwilligungsfähigen als auch bei Einwilligungsunfähigen lässt sich das Fehlen einer (Vertreter-)Einwilligung über die Körperverletzungsdelikte ahnden. Mangels einer expliziten tatbestandlichen Erfassung ärztlicher Eigenmacht behilft man sich bei Einwilligungsfähigen damit, dass man den Autonomieschutz in die Körperverletzungsdelikte hineininterpretiert, bei Einwilligungsunfähigen, indem man dem Arzt bei fehlender Vertretereinwilligung die Berufung auf Notstandshilfe versagt. Faktisch wird so über den Ausschluss der Notstandsrechtfertigung eine strafbewehrte Pflicht zur Einholung einer Vertretereinwilligung geschaffen. Es fragt sich jedoch, ob der Ausschluss von Rechtfertigungsgründen der richtige Weg zur Erfassung ärztlicher Eigenmacht ist, oder ob die Säumnis der Vertretereinwilligung nicht selbständig tatbestandlich erfasst werden sollte, wie dies beispielsweise im Heilmittelgesetz bereits ge-

⁶⁶⁴ Im Allgemeinen STRATENWERTH, ZStW [1956] 41, 44 f.; TAG, Körperverletzungstatbestand, S. 69.

⁶⁶⁵ Zur Grundlegung der Anerkennungslehre HEGEL, Phänomenologie des Geistes, S. 144 ff. (hierzu TAYLOR, Hegel, S. 208 ff.); zur wechselseitigen Anerkennung als Rechtsgebot HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36: „*Sei eine Person und respektiere die andern als Personen*“.

⁶⁶⁶ Zur Verletzung der wechselseitigen Anerkennung als Argument der Straflegitimation SEELMANN, JRE [1993] 315, 320 ff.; DERS., JUS [1979] 687, 689; DERS., Rechtsphilosophie, § 9 N 37.

⁶⁶⁷ Einschränkung SEELMANN, ARSP [1993] 228, 232, wonach „*keineswegs jede Straftat jemanden in seiner Anerkennung als Rechtssubjekt verletze*“.

schehen ist. Mit Ratifikation der Biomedizin-Konvention entschärft sich das Problem insofern, als darin die Pflicht zur Einholung einer Vertreterereinwilligung für alle medizinischen Eingriffe völkerrechtlich festgeschrieben wird. Eine Begründung für den Unrechtsgehalt eigenmächtigen Eingreifens bei Urteilsunfähigen liefert aber weder die spezialgesetzliche Positivierung noch eine konventionstreue Interpretation der Körperverletzungsdelikte. Der strafrechtliche Unwert eigenmächtigen Eingreifens kann darin gefunden werden, dass der Arzt mit seinem ungefragten Eingreifen die dem Patienten geschuldete Achtung vermissen lässt und ihn so in seinem Anspruch auf Anerkennung als gleiches und freies Rechtssubjekt verletzt.

§ 19 **Fazit zum 3. Teil**

Im dritten Teil ging es um die strafrechtsdogmatische Einordnung der stellvertretenden Einwilligung. Am Anfang stand die Feststellung, dass die Vertreterereinwilligung ein Akt der Fremdbestimmung ist, im Gegensatz zur persönlichen Einwilligung Urteilsfähiger, welche ein Akt der Selbstbestimmung über die Körperintegrität darstellt. Obwohl die ‚stellvertretende Einwilligung‘ oft als Einwilligungssurrogat bezeichnet und damit auch begrifflich in die Nähe der Einwilligung gerückt wird, handelt es sich bei Vertreterereinwilligungen nicht um ‚*Einwilligungsrechtfertigungen*‘. Ihnen liegt nicht das Autonomieprinzip zugrunde. Zwar werden durch den Einbezug früherer Wünsche ehemals Urteilsfähiger Elemente autonomer Entscheidung in die Rechtfertigung miteinbezogen, doch ist der Eingriff letztlich gerechtfertigt, weil und soweit er um überwiegender Heilinteressen willen angezeigt ist. Die stellvertretende Einwilligung als Einwilligung zu behandeln, bleibt deshalb trotz begrifflich suggerierter Nähe eine Fiktion, die genauerer Betrachtung nicht standhält. Die Vertreterereinwilligung rechtfertigt nach dem Prinzip des *überwiegenden Interesses*, wobei zu präzisieren ist, dass durch die stellvertretende Zustimmung überwiegende Interessen *des Vertretenen* gewahrt werden müssen. Überwiegende Interessen *Dritter* dürfen der Vertreterentscheidung nicht zugrunde gelegt werden, zumal die Vertreter stets die Interessen des Betroffenen zu wahren haben.

Die Einsicht, dass nicht die Einwilligungserklärung selbst sondern vielmehr die durch den Eingriff gewährten Interessen für die Rechtfertigung ausschlaggebend sind, hat zur Frage geführt, ob auf die Vertreterereinwilligungen nicht ganz verzichtet und Eingriffe stattdessen über vertretungsunabhängige Rechtfertigungs-

gründe beurteilt werden könnten. Untersucht wurde, ob Eingriffe an Urteilsunfähigen allenfalls über Notstandshilfe oder über die mutmassliche Einwilligung zu rechtfertigen sind. Der zu Heilzwecken angezeigte Eingriff liesse sich zwar als Notstandshilfehandlung qualifizieren, ebenso könnte dem Betroffenen in aller Regel ein mutmassliches Einverständnis mit dem Heileingriff unterstellt werden, eine teleologische Betrachtung der ‚informed consent‘-Doktrin zeigt jedoch, dass auf die Vertreterereinwilligung nicht verzichtet werden kann. Sinn und Zweck der Einwilligung ist die Überwindung paternalistischer Alleinentscheidung der Ärzte. Eingriffsentscheid und Eingriffsvornahme sollen personell getrennt bleiben. Auch für Urteilsunfähige ist deshalb am Erfordernis der Vertreterereinwilligung festzuhalten, will man nicht zur ärztlichen Alleinentscheidung zurückkehren. Damit wird auch deutlich, dass die zentrale Funktion der Vertreter eine treuhänderische ist. Sie haben die Interessen der Urteilsunfähigen gegenüber den eingreifenden Ärzten zu wahren. Als Treuhänder sind sie an den mutmasslichen Behandlungswillen des Betroffenen gebunden und dürfen mit der Vertreterentscheidung nicht ihre eigenen Vorstellungen durchsetzen. Eine Substitution im Willen findet nicht statt.

Schliesslich wurden noch die strafrechtlichen Konsequenzen versäumter Vertreterereinwilligung und somit das Problem ärztlicher Eigenmacht abgehandelt. Wer die Körperintegrität ohne oder gegen den Willen des Betroffenen verletzt, macht sich selbst dann einer Körperverletzung strafbar, wenn der Eingriff zu Heilzwecken erfolgte und im Ergebnis erfolgreich war. Der Unwert eigenmächtigen Eingreifens liegt in der Missachtung des andern als autonomer Persönlichkeit. In diesem weiten Sinn bedeutet Autonomie Recht auf Freiheit vor willkürlicher Fremdbestimmung. Sie gilt absolut. Insbesondere besteht das Anrecht, in seiner Autonomie respektiert zu werden, unabhängig von einer allenfalls mangelnden Selbstbestimmungsfähigkeit. Dieser Achtungsanspruch wird durch das unbedingte Einwilligungserfordernis strafrechtlich abgesichert. Im Ergebnis ist ärztliche Eigenmacht sowohl bei Einsichtsfähigen wie Nichteinsichtsfähigen durch die Körperverletzungsdelikte strafbewehrt.

Schlussbetrachtungen

*„Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.“*⁶⁶⁸

Abschliessend kann auf das in der Einleitung zitierte Diktum von JOHN STUART MILL zurückgekommen werden. Das Prinzip der Unverfügbarkeit des Körpers sowie der grundsätzliche Anspruch auf dessen Unversehrtheit gelten für alle Menschen gleichermassen, für die Einwilligungsunfähigen ebenso wie für die Einsichtsfähigen - mit dem einzigen Unterschied, dass Letztere diese Souveränität selber durchsetzen und verteidigen, indem sie in selbstbestimmter Entscheidung über ihren Körper verfügen können, während die Urteilsunfähigen auf die Fürsorge eines Treuhänders angewiesen sind. Diese Treuhandschaft ist uneingeschränkt am gesundheitlichen Wohl und - sofern eruierbar - am mutmasslichen Willen des Urteilsunfähigen auszurichten. So trivial diese Forderung an die Vertreter auch scheinen mag, so umstritten ist deren inhaltliche Umsetzung. Dies wurde anhand verschiedener Eingriffstypen aufgezeigt. Zur Konkretisierung des Wohlbegriffs wird man sich einerseits am gesundheitlichen Nutzen und damit an der medizinischen Indikation der Massnahme orientieren müssen. Andererseits kann man der Forderung nach Achtung Urteilsunfähiger als gleichberechtigte Menschen gerecht werden, indem man sie in einer ihren Fähigkeiten entsprechenden Weise am Eingriffsentscheid beteiligt.

⁶⁶⁸ MILL, On Liberty, I. Introductory, (ed. by J. Gray; S. 14).

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811
AIDS	Journal of the International Aids Society
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AMG	(dt.) Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) vom 24. August 1976
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates (Bern, Schweiz); online verfügbar ab 1995: www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm
Amtl. Bull. SR	Amtliches Bulletin des Ständerates (Bern, Schweiz) online verfügbar ab 1995: www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts; online verfügbar ab 1998: www.admin.ch/ch/d/as/index.html
Aufl.	Auflage
BB1	Bundesblatt online verfügbar ab 1999: www.admin.ch/ch/d/ff/index.html
BeKo	Berner Kommentar - Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht; begründet von M. Gmür/ fortgeführt durch H. Becker/ herausgegeben von A. Meier-Hayoz, Bern 1952 etc.
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts Amtliche Sammlung
BGH	(dt.) Bundesgerichtshof
Biomedizin-Konvention	Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin); Text des Übereinkommens publiziert im Anhang an die diesbezügliche Botschaft des Bundesrates vom 12. September 2001, BBL [2002] 271, 340 ff. Englische Originalversion: http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm [Stand: 21. Januar 2004]
BJM	Basler Juristische Mitteilungen.
BLOOD	Journal of the American Society of Hematology

BMJ	British Medical Journal
Br J Psychiatry	British Journal of Psychiatry
BSK StGB I	Niggli, M.A. / Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel etc. 2003.
BSK StGB II	Niggli, M.A. / Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basel etc. 2003.
BSK ZGB I	Honsell, H. / Vogt, N. P./ Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid
bzw.	beziehungsweise
CIBEDO	Christlich-Islamische Begegnung - Dokumentationsstelle (CIBEDO); Beiträge zum Gespräch zwischen Christen und Muslimen (Zeitschrift 1999 eingestellt).
CMAJ	Canadian Medical Association Journal
Clin Pharmacol Ther	Journal of the American Society for Clinical Pharmacology and Therapeutics
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937/ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (SR 311.0)
D.	Digesten
DÄBL	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richter Zeitung
dt.	deutsch
et al.	et alteri
etc.	et cetera
Ethik Med	Ethik in der Medizin
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai

	1949
gl.M.	gleicher Meinung
GS	Gedenkschrift / Gedächtnisschrift
h.L.	herrschende Lehre
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21)
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
J Clin Psychiatry	Journal of Clinical Psychiatry
J Gend Specif Med	Journal of Gender-Specific Medicine
J Law Health	Journal of Law and Health
J Pediatr	Journal of Pediatric Gastroenterology & Nutrition
Gastroenterol Nutr	
Journal of Urology	Journal of the American Urological Association
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht
MPG	(dt.) Medizinproduktegesetz vom 2. August 1994
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
N.E.	West's North Eastern Reporter [US]
N Engl J Med	New England Journal of Medicine
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
o.O.	ohne Ortsangabe
Pediatr Pulmonol	Pediatric Pulmonology
Pediatrics	Journal of The American Academy of Pediatrics
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
R.J.Q.	Recueils de Jurisprudence du Québec
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.a.	Siehe auch
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts

SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (online verfügbar ab 2000: www.saez.ch/set_archiv_d.html [Stand: 5. März 2004])
SGBS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGK	Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit des National- und Ständerates
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SNF	Schweizerischer Nationalfonds
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts; online verfügbar: www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
str.	streitig
S.W.	West's South Western Reporter
TPG	(dt.) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Or- ganen (Transplantationsgesetz-TPG) vom 5. November 1997
UPDATE	UPDATE - Internationale Zeitschrift für ärztliche Fortbildung; www.update.europe.at/publ_fr.htm
VE	Vorentwurf
VersR	Versicherungsrecht - Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VKlin	Verordnung über klinische Versuche mit Heilmitteln vom 17. Ok- tober 2001 (SR 812.214.2)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEE	Zeitschrift für Evangelische Ethik
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210.0)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Literaturverzeichnis

- ABRAMOVITCH, RONA/
FREEDMANN, JONATHAN L./
DERBYSHIRE, ALISON/
VANBRUNSCHOT, MICHELLE
Children's Capacity to Consent to Participation in Psychological Research: Empirical Findings, in: Koren, G. (Ed.) Textbook of Ethics in Pediatric Research, Malabar (USA) 1993, S. 11 ff. *Zit. Abramovitch et al., in: Ethics in Pediatric Research*
- AFFOLTER, KURT
Kommentierung der Art. 405 und 406 ZGB, in: Honn, H./Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. *Zit. BSK ZGB I-Affolter Art. 405 f.*
- ALBRECHT, PETER
Schwangerschaftsabbruch: kriminalpolitische und rechtstheoretische Anmerkungen zur Fristenregelung, ZStrR 120 [2002] 431 ff. *Zit. Albrecht, a.a.O.*
- ALDEEB ABU-SAHLEH, SAMI A.
Circumcision masculine - Circumcision féminine, Débat religieux, médical, social et juridique, Paris etc. 2001. *Zit. Aldeeb Abu-Sahlieh, Circumcision*
- DERS.
Verstümmeln im Namen Yahwes oder Allahs - Die religiöse Legitimation der Beschneidung von Männern und Frauen, in: CIBEDO (Christlich-Islamische Begegnung - Dokumentationsstelle; [Hrsg.]) Beiträge zum Gespräch zwischen Christen und Muslimen 8 [1994] 2, S. 64-94. *Zit. Aldeeb Abu-Sahlieh, in: CIBEDO-Beiträge zum Gespräch zwischen Christen und Muslimen, a.a.O.*
- AMELUNG, KNUT
Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 22. Februar 1995, Berlin/New York 1995. *Zit. Amelung, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger*
- DERS.
Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 [1992] 525 ff. *Zit. Amelung, a.a.O.*
- ASCHAUER, HARALD/ BARNAS, CHRISTIAN/ DDANZINGER, RAINER/ FABISCH, HANS/ FLEISCHHACKER, WOLFGANG/ GERETSEGGER, CHRISTIAN/ HABER-
Zeitgemässes medikamentöses Management der Schizophrenie - Stellenwert von Quetiapin, UPDATE - Internationale Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, 12 (12): 1-20, 12. Mai 2002; www.update.europe.at/publ_fr.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Aschauer et al., UPDATE [2002] 12 (12): 1-20*

FELLNER, MICHAEL/ HAUS-
HOFER, MANFRED/
KASPER, SIEGFRIED/ LEHO-
FER MICHAEL/
MILLER, CARL/
PFOLZ, HEINZ/
PLATZ, THOMAS/ RITT-
MANNSBERGER, HANS/ SCHÖ-
NY, WERNER/ SCHU-
BERT, HARALD/ STUP-
PÄCK, CHRISTOPH/ TAU-
SCHER, JOHANNES/ WINDHA-
GER, ELMAR

ASHFIELD, JAMES E./
NICKEL KYLE R./
SIEMENS, D. ROBERT/ MAC-
NEILY ANDREW E./ NICKEL
J. CURTIS

Treatment of phimosis with topical steroids in 194
children, *The Journal of Urology* 169 (3): 1106-1108,
2003 March. *Zit. Ashfield, et al., Journal of Urology*
[2003] 169 (3):1106-1108.

AUGUSTIN, ANGELA

Rechtliche Regelungen für Stammzelltherapien -
zugleich ein Beitrag zum Entwurf eines Trans-
plantationsgesetzes, ZSR [2001] 163 ff.
Zit. Augustin, a.a.O.

BAYERTZ, KURT

Die Solidarität und die Schwierigkeit ihrer Begrün-
dung, in: Seelmann, K. (Hrsg.) Aktuelle Fragen der
Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. etc 2000. *Zit.*
Bayertz, in: Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie

BELLING, DETLEV W.

Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe
bei Minderjährigen, FuR [1990] 68 ff.
Zit. Belling, a.a.O.

BENDER, ALBRECHT W.

Eingeschränkte Verbindlichkeit des Vetos eines Zeu-
gen Jehovas gegen eine Bluttransfusion selbst bei
ausdrücklicher und aktueller Willensäußerung in
einer Patientenverfügung; Anmerkung zum Urteil des
Oberlandesgerichtes München vom 31.1.2002 - 1 U
4705/98, MedR [2003] 174 ff. *Zit. Bender, a.a.O.*

DERS.

Erwiderung zu Glocketin/Hessler, MedR [2000]
419 ff. (Kein genereller Missbrauch des Sorgerechts
bei verweigerter Einwilligung in eine Bluttrans-
fusion), MedR [2000] 422 ff. *Zit. Bender, a.a.O.*

DERS.

Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR [1999]

	260 ff. <i>Zit. Bender, a.a.O.</i>
BERGER, CHRISTIAN	Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ [2000] 797 ff. <i>Zit. Berger, a.a.O.</i>
BERGER, CHRISTIAN/ HAARHOFF, INA	Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 131 ff. <i>Zit. Berger/Haarhoff, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin</i>
BERNAT, ERWIN	Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht - Selbst- und Fremdbestimmung nach dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, VersR [2002] 1467 ff. <i>Zit. Bernat, a.a.O.</i>
DERS.	Landesbericht Österreich, in: Deutsch, E / Taupitz, J. [Hrsg.], Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin: Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki, Berlin etc. 2000, S. 7 ff. <i>Zit. Bernat, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle, a.a.O.</i>
DERS.	Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Deutsch, E / Taupitz, J. [Hrsg.], Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin: Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki, Berlin etc. 2000, S. 289 ff. <i>Zit. Bernat, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle, a.a.O.</i>
BIGLER-EGGENBERGER, MARGRITH	Kommentierung der Art. 11-21 ZGB, in: Honsell, H./ Vogt, N. P./ Geiser, T. (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. <i>Zit. BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger, Art. 11</i>
BIRNBACHER, DIETER	Menschenwürde abwägbar - unabwägbar? in: Kettner, M. (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, S. 249 ff.; ebenfalls publ.: www.eufobio.org/~upload/kommentar/harry.doc [Stand: 20. Februar 2004]. <i>Zit. Birnbacher, in: Biomedizin und Menschenwürde</i>
BOCK, NADINE	Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen; Frankfurt a.M. etc. 1999

	(zugl. Diss Köln 1998). <i>Zit. Bock, Organentnahme</i>
BRAUN, KATHRIN	Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde, in: Kettner, M. (Hrsg.), <i>Biomedizin und Menschenwürde</i> , Frankfurt a.M. 2004, S. 81 ff. <i>Zit. Braun, in Biomedizin und Menschenwürde</i>
BRATSCHI PETER/ EGGENBERGER STÖCKLI, URSULA	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, Gesetzestext mit Erläuterungen, Bern 2002. <i>Zit. Bratschi/Eggenberger Stöckli, Bundesgesetz über Arzneimittel</i>
BRAUCHLI, ANDREAS	Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982 (zugl. Diss. Zürich 1982). <i>Zit. Brauchli, Kindeswohl als Maxime des Rechts</i>
BREITSCHMID, PETER	Vorsorgevollmachten - Allgemeiner Vorsorgeauftrag, medizinischer Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertrauenspersonen und persönliches Umfeld - ein dicht gewobenes Netz mit Knoten- und Reissgefahr, ZVW [2003] 269 ff. <i>Zit. Breitschmid, a.a.O.</i>
DERS.	Ersatzlösungen anstelle der Errichtung einer Vormundschaft oder von vormundschaftlichen Massnahmen unter Berücksichtigung rechtsgeschäftlichen Handelns für Urteilsunfähige allgemein und insbesondere bei Eingriffen in die körperliche Integrität, ZVW [2003] 47 ff. <i>Zit. Breitschmid, a.a.O.</i>
DERS.	Kommentierung der Art. 131-134 ZGB, in: Honsell, H./ Vogt, N. P./ Geiser, T. (Hrsg.) <i>Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. Zit. BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 131</i>
DERS.	Vorsorgevollmachten - ein Institut um Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW [2001] 144 ff. <i>Zit. Breitschmid, a.a.O.</i>
BRÜCKNER, CHRISTIAN	Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000. <i>Zit. Brückner, Personenrecht</i>
DERS.	Die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Integrität gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB; ZSR [1999] 451 ff. <i>Zit. Brückner, a.a.O.</i>

BUCHANAN, ALLEN E./ BROCK, DAN W.	Deciding for Others - The Ethics of Surrogate Decision Making, Cambridge (UK) 1998 (first published: 1990). <i>Zit. Buchanan/Brock, Deciding for Others</i>
BUCHER, ANDREAS	Personnes physiques et protection de la personnalité, 4. Aufl., Basel etc. 1999. <i>Zit. A. Bucher, Personnes physiques</i>
BUCHER, EUGEN	Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte; insbesondere: Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956 (zugleich Diss. Zürich 1956). <i>Zit. E. Bucher, Ausübung der Persönlichkeitsrechte</i>
(DT.) BUNDESÄRZTEKAMMER	Richtlinien zur Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut, Däbl [1999] A-1297 ff. <i>Zit. (dt.) Bundesärztekammer, a.a.O.</i>
EBD.	Richtlinien zur Transplantation peripherer Blutstammzellen, Däbl [1997] 1584 ff. <i>Zit. (dt.) Bundesärztekammer, a.a.O.</i>
(ÖSTERREICHISCHES) BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT UND GENERATIONEN	Richtlinien zur Transplantation von Stammzellen, Wien 2000. <i>Zit. (österreichisches) Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen</i>
BUSSMANN, DANIEL	Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, Winterthur 1984 (zugleich Diss. Zürich 1984). <i>Zit. Bussmann, Heileingriffe</i>
CARDINAS, DANIEL	Chirurgische Aspekte der Lebendnierenspende und Transplantation, in: Malacrida, R. et al (Hrsg.), Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai Vivi, Corbano 9, Edizioni Alice, Comano 1999 S. 29 ff. <i>Zit. Cardinas in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi</i>
CENTERWALL, SIEGRIED A./ CENTERWALL, WILLARD R.	The Discovery of Phenylketonuria: The Story of a young couple, Two Retarded Children, and a Scientist; <i>Pediatrics</i> , 105 (1): 89-103, 2000 January. <i>Zit. Centerwall/Centerwall, Pediatrics 105 [2000] (1):89-103.</i>
CHATAGNY, NOËLLE	Droits et devoirs de porteurs/euses de mandats tutélaires en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle (interventions médicales), ZVW [2003] 61 ff.

	<i>Zit. Chatagny, a.a.O.</i>
COESTER, MICHAEL	Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ [1996] 1181 ff. <i>Zit. Coester, a.a.O.</i>
COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE (CCNE), FRANCE	Consent for the Benefit of Another Person, Abgedruckt in : Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 7 [2002] 377 ff. <i>Zit. Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (CCNE), France -Consent for the Benefit of Another Person, a.a.O.</i>
CONNOR, E.M./ SPERLING, R.S./ GELBER, R./ KISELEV, P./ SCOTT, G./ O'SULLIVAN, M.J./ VANDYKE, R./ BEY, M./ SHEARER, W./ JACOBSEN, R.L./ JIMENEZ, E./ O'NEILL, E./ BAZIN, B./ DELFRAISSY, J.-F./ CULNANE, M./ COOMBS, R./ ELKINS, M./ MOYE, J./ STRATTON, P./ BALSLEY, J.	Reduction of Maternal-Infant Transmission of Human Immunodeficiency Virus Type 1 with Zidovudine Treatment, New England Journal of Medicine, 331 (18): 1173-1180, 1994 November 3. <i>Zit. Connor/Sperling et al., N Engl J Med. [1994] 331 (18):1173-1180.</i>
CORBOZ, BERNARD	Les infractions en droit suisse, Volume I, Bern 2002. <i>Zit. Corboz, Infractions</i>
COUNCIL OF EUROPE	Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Directorate of legal Affaires, Strasbourg, May 1997; (http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/html/164.htm [Stand: 20. Februar 2004]). <i>Zit. Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine</i>
DAHL, MATTHIAS/ WIESEMAN, CLAUDIA	Forschung an Minderjährigen im internationalen Vergleich: Bilanz und Zukunftsperspektiven, Ethik Med [2001] 87 ff. <i>Zit. Dahl/Wiesenmann, a.a.O</i>
DEGENER, THERESIA	Chronologie der Bioethik-Konvention und ihre Streitpunkte, KritV [1998] 7 ff. <i>Zit. Degener, a.a.O.</i>
DELMONICO, FRANCIS L./ HARMON, WILLIAM E	The Use of a Minor as a Live Kidney Donor, American Journal of Transplantation 2 (4): 333-336, April

	2002. <i>Zit. Delmonico/Harmon, a.a.O.</i>
DELONGE, FRANZ-BENNO	Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, München 1988 (zugl. Diss. München 1987). <i>Zit. Delonge, Interessenabwägung nach § 34 StGB</i>
DETRICK, SAHRON	A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague etc. 1999. <i>Zit. Detrick, Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child</i>
DEUTSCH, ERWIN	Schutz des Menschen bei der klinischen Prüfung (Kommentierung zu §§ 40 ff. AMG); in: Deutsch, E. / Lippert, H.-D. [Hrsg.], Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG); Berlin etc. 2001. <i>Zit. Deutsch, in: Kommentar Arzneimittelgesetz</i>
DERS.	Die Behandlung von Patienten mit fortgeschrittenen Tumoren als Rechtsproblem, MedR [2001] 435 ff. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DERS.	Ethik-Kommissionen: Probandenschutz in der medizinischen Forschung; in: Lippert, H.-D. et al. [Hrsg.], Forschung am Menschen; Berlin etc. 1999; S. 33 ff. <i>Zit. Deutsch, in: Forschung am Menschen</i>
DERS.	Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997, NJW [1998] 777 ff. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DERS.	Der Beitrag des Rechts zur klinischen Forschung in der Medizin, NJW [1995] 3019 ff. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DERS.	Anmerkung zu Urteil des Oberlandesgerichtes Köln vom 30. 5. 1990 - 27 U 169/89, VersR [1991] 186, 189. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DERS.	Der Doppelblindversuch, JZ [1980] 289 ff. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DERS.	Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW [1979] 1905 ff. <i>Zit. Deutsch, a.a.O.</i>
DEUTSCH, ERWIN /	Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizin-

SPICKHOFF, ANDREAS	produkterecht und Transfusionsrecht, 5. Auflage, Berlin etc. 2003. <i>Zit. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht</i>
DEUTSCH, ERWIN/ BENDER, ALBRECHT W. / ECKSTEIN, REINHOLD / ZIM- MERMANN, ROBERT	Transfusionsrecht, Stuttgart 2001. <i>Zit. Deutsch/ Bender/Eckstein/Zimmermann, Transfusionsrecht</i>
DIEDERICHSEN, UWE	Kommentierung der §§ 1589-1921 BGB, in: Palandt, O. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003. <i>Zit. Palandt/Diederichsen</i> ⁶²
DIETRICH, STEPHANIE	Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?: zugleich eine Untersuchung zum Konkurrenzverhältnis von speziellen Rechtfertigungsgründen und rechtfertigendem Notstand gem. § 34 StGB, Frankfurt a.M. 2003 (zugl. Diss. Göttingen 2002). <i>Zit. Dietrich, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?</i>
DONATSCH, ANDREAS	Rechtliche Anforderungen und Schranken der Lebendspende, in: Largardier, F. et al. (Hrsg.), Tod, Hirntod und Organentnahme, Zürich 1999, S. 85 ff. <i>Zit. Donatsch, in: Tod, Hirntod und Organentnahme</i>
DOPPELFELDER, ELMAR	Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin: Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 15 ff. <i>Zit. Doppelfelder, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin</i>
DUMOULIN, JEAN-FRANÇOIS	Transplantation d'organes en Suisse: le droit au carrefour de la vie et de la mort, Neuchâtel 1997. <i>Zit. Dumoulin, Transplantation d'organes</i>
DÜRIG, GÜNTER	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 [1957] 117 ff. <i>Zit. Dürig, a.a.O.</i>
EBERBACH, WOLFRAM H.	Familienrechtliche Aspekte der Humanforschung an Minderjährigen, FamRZ [1982] 450 ff. <i>Zit. Eberbach, a.a.O.</i>
EGLI, PATRICIA	Drittwirkung von Grundrechten - Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002 (zugl. Diss. Zürich 2001). <i>Zit. Egli, Drittwirkung</i>

EISENBART, BETTINA	Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, MedR [1997] 305 ff. <i>Zit. Eisenbart, a.a.O.</i>
ELZER, OLIVER	Allgemeine und besondere klinische Prüfungen an Einwilligungsunfähigen Frankfurt a.M. et al. 1998 (zugl. Diss. Hamburg 1998). <i>Zit. Elzer, klinische Prüfungen</i>
DERS.	Die Grundrechte Einwilligungsunfähiger in klinischen Prüfungen - ein Beitrag zum EMRÜ-Biomedizin, MedR [1998] 122 ff. <i>Zit. Elzer, a.a.O.</i>
ESER, ALBIN	Kommentar zu den §§ 223 ff. (dt.) StGB, in: Schönke, A./ Schröder, H. et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 26. Aufl., München 2001. <i>Zit. Eser, in: Schönke/Schröder</i> ²⁶
DERS.	Probleme bei medizinischer Tätigkeit, in: Eser, A./ Fletcher, G. P. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven, Freiburg i.Br. 1988, S. 1444 ff. <i>Zit. Eser, in: Rechtfertigung und Entschuldigung</i>
DERS.	Medizin und Strafrecht: ZStW 97 [1985] 1 ff. <i>Zit. Eser, a.a.O.</i>
DERS.	Das Humanexperiment, in: Stree, W. et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Horst Schröder, München 1978, S.191 ff. <i>Zit. Eser, in: GS-Schröder</i>
ESSER, DIRK	§ 8 Zulässigkeit der Organentnahme, in: Höfling, W. (Hrsg.), Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), Berlin 2003, S. 197 ff. <i>Zit. Esser, in: Kommentar (dt.) TPG</i>
FISCHER, GERFRIED	Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Ahrens, H.-J. et al., Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 545 ff. <i>Zit. G. Fischer, in: FS-Deutsch</i>
DERS.	Medizinische Forschung an Minderjährigen - Nationale Regeln und zivilrechtliche Sanktionen; in: Fegert, J.M. et al. (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie; Stuttgart 1999, S. 69 ff. <i>Zit. G. Fischer, in: Atypische Neuroleptika</i>

FISCHER, JOHANNES	Wo das Einwilligungskriterium zur Diskriminierung führt, SÄz [1999] Nr. 18, S. 1110 ff. <i>Zit. J. Fischer, a.a.O.</i>
FORSTMOSER, PETER	Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003. <i>Zit. Forstmoser, Einführung in das Recht</i>
FREIBURGHaus, DIETER	Auswirkungen der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die vormundschaftlichen Organe, ZVW [1999] 133 ff. <i>Zit. Freiburghaus, a.a.O.</i>
FREUND GEORG	Aus der Arbeit einer Ethikkommission: Zur Steuerung von Wissenschaft durch Organisation, MedR [2001] 65 ff. <i>Zit. Freund, a.a.O.</i>
FREUND GEORG/ HEUBEL FRIEDRICH	Forschung mit einwilligungsunfähigen und beschränkt einwilligungsfähigen Personen, MedR [1997] 347 ff. <i>Zit. Freund/Heubel, a.a.O.</i>
FRISCH, MORTEN/ FRIIS, SOREN/ KRUGER KJAER, SUSANNE/ MELBYE, MADS. FRÖHLICH, UWE	Falling incidence of penis cancer in an uncircumcised population (Denmark 1943-90), British Medical Journal BMJ (London) 311 (7018):1471, 1995 December 2. <i>Zit. Frisch et al., BMJ [1995] 311 (7018):1471.</i> Forschung wider Willen? - Rechtsprobleme biomedizinischer Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen, Berlin etc. 1999 (zugleich Diss. Mannheim 1998). <i>Zit. Fröhlich, Forschung wider Willen?</i>
GAIDZIK, PETER WOLFGANG/ HIERSCHKE, HANS-DIETER	Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsunfähiger, MedR [1999] 58 ff. <i>Zit. Gaidzik/Hierschke, a.a.O.</i>
GALLAS, WILHELM	Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968. <i>Zit. Gallas, Verbrechenslehre</i>
GAUL, CHARLY	Kann Autonomie fremdvertreten werden? Philosophische, medizinische und juristische Überlegungen zur Einstellung lebenserhaltender Therapie bei Schwerstkranken unter Wahrung der Autonomie der Betroffenen, EthikMed [2002] 160 ff. <i>Zit. Gaul, a.a.O.</i>
GAUTHIER, SERGE	Advances in the pharmacotherapy of Alzheimer's disease, Canadian Medical Association Journal (CMAJ), 166 (5), 616-623, 2002 March 5. <i>Zit. Gauthier, CMAJ [2002] 166 (5): 616 ff.</i>
GENNA, ANTON	Rechtliche Aspekte der stationären psychiatrischen

	Behandlungen von Kindern und Jugendlichen, ZVW [2000] 91 ff. <i>Zit. Genna. a.a.O.</i>
GEISER, THOMAS	Erwachsenenschutzrecht - Die Revision im Überblick, ZVW [2003] 227 ff. <i>Zit. Geiser, a.a.O.</i>
DERS.	Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage unter besonderer Berücksichtigung von vor-mundschaftlichen Fragestellungen, ZVW [2001] 225 ff. <i>Zit. Geiser, a.a.O.</i>
GERNHUBER, JOACHIM / COESTER-WALTJEN, DAGMAR	Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München 1994. <i>Zit. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht</i>
GARWOOD-GOWERS, AUSTEN	Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues, Aldershot etc. 1999. <i>Zit. Garwood-Gowers, Living Donor Organ Transplantation</i>
GIESEN, DIETER	Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgericht Köln vom 30. 5. 1990 - 27 U 169/89, JR [1991] 460, 464 f. <i>Zit. D. Giesen, a.a.O.</i>
GIESEN, RICHARD	Internationale Massstäbe für die Zulässigkeit medizinischer Heil- und Forschungseingriffe, MedR [1995] 353 ff. <i>Zit. R. Giesen, a.a.O.</i>
GLAUBEN, PAUL J.	Menschenrechte im Bereich der Biomedizin festgeschrieben, DRiZ [1997] 89 ff. <i>Zit. Glauen, a.a.O.</i>
GLAZER, W.M.	Extrapyramidal side effects, tardive dyskinesia, and the concept of atypicality, Journal of Clinical Psychiatry 61 (Suppl. 3):16-21, 2000. <i>Zit. Glazer, J Clin Psychiatry [2000] 61(Suppl. 3):16-21.</i>
GÖBEL, ALFRED A.	Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt a.M. etc. 1992 (zugleich Diss. Bonn 1990). <i>Zit. Göbel, Einwilligung</i>
GORDIJN, BERT/ OLTHUIS, HENK	Ethische Fragen zur Stammzellentransplantation aus Nabelschnurblut, EthikMed 12 [2000] 16 ff. <i>Zit. Gordijn/Olthuis, a.a.O.</i>
GRATWOHL, A./ BRAND, R./ APPERLEY, J./ BIE- ZEN, AV. A./ BANDINI, G./ DEVERGIE, A./	Graft-versus-host-disease and outcome in HLA-identical sibling transplantations for chronic myeloid leukemia, Blood 100 (12): 3877-3886, 2002 December 1. <i>Zit. Gratwohl et al., Blood [2002] 100 (12):</i>

SCHATTENBERG, A./ FRASSONI, F./ GUGLIELMI, C./ IACOBELLI, S./ MICHALLET, M./ KOLB, H. J./ RUTUU, T./ NIEDERWIE- SER, D.	3877-3886.
GROPP, WALTER	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin etc. 2001. <i>Zit. Gropp, AT</i>
GROSSEN, JAQUES-MICHEL	Das Recht der Einzelpersonen, in: Grossen, J.-M. et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 2. Band, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, S. 285 ff. <i>Zit. Grossen, in: Schweizerisches Privat- recht II/2</i>
GROTSCH, ANDRÉ	Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung - unter besonderer Berücksichtigung der Unmündigen, Diss. Basel, 1973 (ungedruckt) <i>Zit. Grotsch, Heilbehandlung</i>
GUILLOD, OLIVIER	Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: Gauch, P. et al. (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Ge- burtstag, Freiburg 1995, S. 325 ff. <i>Zit. Guillod, in: FS-Schnyder</i>
DERS.	Patient incapable et consentement au traitement, Plä- doyer [1989] Nr. 3 S. 51. <i>Zit. Guillod, a.a.O.</i>
DERS.	Le Consentement Eclairé du Patient - Autodétermina- tion ou Paternalisme ?, Neuchâtel 1986 (zugl. Diss. Neuchâtel 1986). <i>Zit. Guillod, Consentement Eclairé</i>
GUTMANN, THOMAS	Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebend- spende von Organen, MedR [1997] 147 ff. <i>Zit. Gutmann, a.a.O.</i>
HABERMANN, ERNST/ LASCH, HANNS/ GÖDICKE, PATRICK	Therapeutische Prüfungen an Nicht-Einwilligungs- fähigen im Eilfall - ethisch geboten und rechtlich zulässig? NJW [2000] 3389 ff. <i>Zit. Habermann/ Lasch/Gödicke, a.a.O.</i>
HÄCKER, JOHANNES	Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilli- gung - zugleich ein Beitrag zur übergesetzlichen Rechtfertigung, Diss. Tübingen 1973. <i>Zit. Häcker,</i>

	<i>Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung</i>
HAEFELIN, ULRICH/ HALLER, WALTER	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001. <i>Zit. Haefelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht</i>
HÄFELI, CHRISTOPH	Die Bestellung des Vormundes, Kommentierung der Art. 379-391 ZGB, in: Honsell, H./Vogt, N. P./ Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. <i>Zit. BSK ZGB I-Häfeli, Art. 379</i>
HANGARTNER, YVO	Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000. <i>Zit. Hangartner, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe</i>
HART, DIETER	Ärztliche Leitlinien - Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen - gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff; MedR [1998] 8 ff. <i>Zit. Hart, a.a.O.</i>
DERS.	Heilversuch, Entwicklung therapeutischer Strategien, klinische Prüfungen und Humanexperiment; MedR [1994] 94 ff. <i>Zit. Hart, a.a.O.</i>
HASLAM, ROBERT H.A.	Research in Children - Issues of Risk an Harm, in: Koren, G. (Ed.) Textbook of Ethics in Pediatric Research, Malabar (USA) 1993, S. 25 ff. <i>Zit. Haslam, in: Ethics in Pediatric Research</i>
HASSEMER, WINFRIED	Mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen (Anmerkung zu BGH Beschl. vom 25. 3 1988 - 2 StR 93 / 88; NJW [1988] 2310); Jus [1989] 145 f. <i>Zit. Hassemer, a.a.O.</i>
HÄSSLER, FRANK/ TIEDTKE, KAROLA/ FEGERT, JÖRG MICHAEL	Individuelle Heilversuche mit atypischen Antipsychotika in der Behandlung von early onset schizophrenia in der Kinder- und Jugendpsychiatrie; in: Fegert, J.M. et al. (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie; Stuttgart 1999, S. 177 ff. <i>Zit. Hässler/Tiedtke/Fegert, in: Atypische Neuroleptika</i>
HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH	Phänomenologie des Geistes (zuerst erschienen Bamberg und Würzburg 1807), Suhrkamp Werkausgabe

	Bd. 3, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 2000. <i>Zit. Hegel, Phänomenologie des Geistes</i>
DERS.	Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (zuerst erschienen Berlin 1821), Suhrkamp Werkausgabe Bd. 7, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 2000. <i>Zit. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts</i>
HEGNAUER, CYRIL	Sterilisation geistig Behinderter, ZVW [2000] 25 ff. <i>Zit. Hegnauer, a.a.O.</i>
DERS.	Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999. <i>Zit. Hegnauer, Kindesrecht</i>
HELMCHEN, HANFRIED	Biomedizinische Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 83 ff. <i>Zit. Helmchen, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin</i>
DERS.	Festlegung von Grenzen: Kriterien für die Forschung mit einwilligungsunfähigen Personen, in: Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen Personen, Sankt Augustin 1997, S. 33 ff. <i>Zit. Helmchen, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung</i>
HELMCHEN, HANFRIED/ LAUTER HANS	Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? Analyse des Problemfeldes Forschungsbedarf und Einwilligungproblematik, Stuttgart etc. 1995. <i>Zit. Helmchen/Lauter, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen?</i>
HELMCHEN, HANFRIED/ BÖCKLE, FRANZ/ ESER, ALBIN	Humanexperiment/Heilversuch, in: Eser, A. et al. (Hrsg.), Lexikon Medizin Ethik Recht, Freiburg i.Br. etc. 1989, S. 487 ff. <i>Zit. Helmchen/Böckle/Eser, in: Lexikon Medizin Ethik Recht</i>
HENDRIKS, AART	Article 17 of the European Convention on Human Rights and Biomedicine: incompatible with international human rights law? <i>Zit. Hendriks, KritV [1998] 111 ff</i>
HESSLER, GERHARD	Das Ende des Selbstbestimmungsrechts? MedR [2003] 13 ff. <i>Zit. Hessler, a.a.O.</i>

HESSLER, GERHARD/ GLOCKENTIN, GAJUS	Kein genereller Missbrauch des Sorgerechts bei verweigerter Einwilligung in eine Bluttransfusion - Stellungnahme zu Bender, MedR [1999] 260 ff.- MedR [2000] 419 ff. <i>Zit. Hessler/Glockentin, a.a.O.</i>
HILGENDORF, ERIC	Die missbrauchte Menschenwürde - Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 7 [1999] 137 ff. <i>Zit. Hilgendorf; a.a.O.</i>
HIRSCH, HANS JOACHIM	Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Kohlmann, G. (Hrsg.), Schriften aus drei Jahrzehnten von Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 692 ff. <i>Zit. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung</i>
HOFFMANN, BIRGIT	Sterilisation geistig behinderter Erwachsener, Baden-Baden 1996 (zugleich: Diss. Freiburg im Br. 1994). <i>Zit. Hoffmann, Sterilisation geistig behinderter Erwachsener</i>
HÖFLING, WOLFRAM/ DEMEL, MICHAEL	Zur Forschung an Nichteinwilligungsfähigen, MedR [1999] 540 ff. <i>Zit. Höfling/Demel a.a.O.</i>
HÖFLING, WOLFRAM	Menschen mit Behinderungen, das «Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin» und die Grund- und Menschenrechte, KritV [1998] 99 ff. <i>Zit. Höfling, a.a.O.</i>
HOLDEREGGER ADRIAN	Menschenrechte und Biomedizin, in: Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (Hrsg.), Akademievorträge; Heft III; Bern 2000. <i>Zit. Holderegger, Menschenrechte und Biomedizin</i>
HONIG, RICHARD	Die Einwilligung des Verletzten. Teil I., die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim etc. 1919. <i>Zit. Honig, Einwilligung des Verletzten</i>
HUMPHREY, G.B / BOON, C.M./ VAN LINDEN VAN DEN HEUVELL, G.F./ VAN DE WIEL, H.B.	The occurrence of high levels of acute behavioral distress in children and adolescents undergoing routine venipunctures, Pediatrics 90 [1] 87-91, 1992 July. <i>Zit. Humphrey et al., Pediatrics [1992] 90 (1): 87-91.</i>
JAAG, TOBIAS	Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen, ZBl [2001] 113 ff. <i>Zit. Jaag, a.a.O.</i>

JAKOBS, GÜNTHER	Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin etc. 1991. <i>Zit. Jakobs, AT</i>
JONAS, HANS	Technik, Medizin und Ethik - Zur Praxis des Prinzips Verantwortung; Frankfurt a. M. 1987. <i>Zit. Jonas, Technik, Medizin und Ethik</i>
JORDAN, ADOLF DIETRICH	Die Zulässigkeit placebokontrollierter Therapiestudien, Frankfurt a.M. 1988 (zugl. Diss. Kiel, 1987). <i>Zit. Jordan, Zulässigkeit placebokontrollierter Therapiestudien</i>
JOSET, ALAIN	Zwangsmedikation in psychiatrischer Klinik - Urteilsbesprechung von BGE 127 I 6, AJP [2001] 1214 ff. <i>Zit. Joset, a.a.O.</i>
DERS.	Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, AJP [2000] 1424 ff. ff. <i>Zit. Joset, a.a.O.</i>
JOST, TIMOTHY S.	Are Placebo-Controlled Studies Permissible?, in: Deutsch, E/Taupitz, J. [Hrsg.], Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin: Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki, Berlin etc. 2000, S. 315 ff. <i>Zit. Jost, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle</i>
JUNG, ANDREA	Die französische Rechtslage auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin, MedR [1996] 355 ff. <i>Zit. Jung, a.a.O.</i>
DIES.	Die Zulässigkeit biomedizinischer Versuche am Menschen, Köln etc. 1996 (zugleich Diss. Saarbrücken 1995). <i>Zit. Jung, biomedizinische Versuche</i>
JÜRGENS, ANDREAS	Fremdnützige Forschung an einwilligungsunfähigen Personen nach deutschem Recht und nach dem Menschenrechtsübereinkommen für Biomedizin, KritV [1998] 34 ff. <i>Zit. Jürgens, a.a.O.</i>
KÄLIN, WALTER	Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994. <i>Zit. Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde</i>
KAMP, ILKA	Die Europäische Bioethik-Konvention - Medizinische Versuche an einwilligungsunfähigen Menschen unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben im natio-

-
- nen und internationalen Recht; Frankfurt a.M. etc. 2000 (zugleich Diss. Bayreuth 2000). *Zit. Kamp, Bioethik-Konvention*
- KANT, IMMANUEL Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe von Wilhelm Weischedel, Band VIII, 11. Auflage, Frankfurt a.M. 1997 (zuerst erschienen 1797). *Zit. Kant, Metaphysik der Sitten (Weischedel Werkausgabe¹¹)*
- KERN, BERND-RÜDIGER Die Bioethik-Konvention des Europarates - Bioethik versus Arztrecht? MedR [1998] 485 ff. *Zit. Kern, a.a.O.*
- DERS. Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW [1994] 753 ff. *Zit. Kern, a.a.O.*
- DERS. Der Minderjährige als Blutspender, FamRZ [1981] 738 ff. *Zit. Kern, a.a.O.*
- KERN, BERND-RÜDIGER/
HIERSCHE, HANS-DIETER Zur Sterilisation geistig Behinderter, MedR [1995] 463 ff. *Zit. Kern/Hiersche, a.a.O.*
- KERWIN, R.W. The new atypical antipsychotics. A lack of extrapyramidal side-effects and new routes in schizophrenia research, British Journal of Psychiatry 164 (2):141-148, 1994 February. *Zit. Kerwin, Br J Psychiatry [1994] 164 (2):141-148.*
- KIND, C./RUDIN, C./SIEGRIST, C.A./WYLER, C.A./BIEDERMANN, K/LAUPER, U/IRION, O./SCHUPBACH, J./NADAL, D. Prevention of vertical HIV transmission: additive protective effect of elective Cesarean section and zidovudine prophylaxis. Swiss Neonatal HIV Study Group, Aids 12 (2): 205-210, 1998 January 22. *Zit. Kind et al., Aids [1998] 12 (2): 205 ff.*
- KLEIN, CH./SUTOR, A. H./WAHN, V., Anämien Blutungerkrankungen und Immundefektsyndrome, in: Niessen, K.-H. (Hrsg.), Pädiatrie, 5. Aufl., Stuttgart etc. 1999, S. 337 ff. *Zit. Klein/Sutor/Wahn, in: Pädiatrie*
- KLEIST, PETER Immer noch Waisenkinder der Medizin - Die Entwicklung sicherer und wirksamer Arzneimittel für Kinder ist nach wie vor mit einer Vielzahl von Problemen verbunden, SäZ [2001] 2221 ff. *Zit. Kleist, a.a.O.*
- KLUG, ULRICH Autonomie, Anarchie und Kontrolle, in: Kauf-

-
- mann, A. et al. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde - Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1988, S. 235 ff. *Zit. Klug, in: FS-Maihofer*
- KOCH, HANS-GEORG Rechtsfragen der Entscheidungsfindung in Sterbehilfe-Fällen - „Patiententestament“ und „Patientenanwalt“ im deutschen Recht, in: Saas, H.-M. et al. (Hrsg.), Medizinethische Materialien des Zentrums für Medizinische Ethik Bochum, Heft 93, Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung in rechtlicher, medizinischer und ethischer Sicht, 3. Aufl., Bochum 1996, S. 20 ff.
Zit. Koch, in: Medizinethische Materialien, Heft 93
- DERS. Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit, in: Eser, A./Nishihara, H. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Freiburg i.Br. 1995, S. 213 ff. *Zit. Koch, in: Rechtfertigung und Entschuldigung*
- DERS. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Eser, A./ Koch, H.-G. (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich - 1. Teil: Europa, Baden-Baden 1988, S. 17 ff. *Zit. Koch, in: Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich*
- KOPETZKI, CHRISTIAN Landesbericht Österreich, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 197 ff. *Zit. Kopetzki, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin*
- KOREN, GIDEON/
KEARNS, GREGORY L./
REED, MICHAEL/
PONS, GERRARD Use of healthy children as volunteers in drug studies: The ethical debate, *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, 73 (3): 147-152, 2003 March.
Zit. Koren et al., Clin Pharmacol Ther [2003] 73 (3):147-152.
- KOREN, GIDEON Informed Consent in Pediatric Research, in: Koren, G. (Ed.) Textbook of Ethics in Pediatric Research, Malabar (USA) 1993, S. 3 ff.
Zit. Koren, in: Ethics in Pediatric Research
- DERS. Ethics of drug research in pregnancy, infancy and childhood, in: Koren, G. (Ed.) Textbook of Ethics in Pediatric Research, Malabar (USA) 1993, S. 171 ff.

	<i>Zit. Koren, in: Ethics in Pediatric Research</i>
KRAUSS, DETLEF	Prinzipien der Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und schweizerischen Recht, in: Eser, A. et al. (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung, Schwangerschaftsabbruch, Gewaltkriminalität, Stellung des Verletzten/ 2. Deutsch-Polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1986, S. 11 ff. <i>Zit. Krauss, in: Rechtfertigung und Entschuldigung</i>
KRUSE, KLAUS	Calcium- und Phosphat-Stoffwechselstörungen, in: Kruse, K. (Hrsg.), Pädiatrische Endokrinologie, 2. Aufl., Stuttgart etc. 1999, S. 111-166. <i>Zit. Kruse, in: Pädiatrische Endokrinologie</i>
KUHLMANN, JENS-MICHAEL	Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, Frankfurt a.M. etc. 1996 (zugleich Diss. Freiburg i.Br. 1994). <i>Zit. Kuhlmann, Heilbehandlung</i>
KÜHL, KRISTIAN	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2002. <i>Zit. Kühl, AT</i>
LACAILLE, F. /SOKAL. E.	Living-related liver transplantation; Journal of Pediatric Gastroenterology & Nutrition 33 (4): 431-438, 2001 October. <i>Zit. Lacaille/Sokal, J Pediatr Gastroenterol Nutr. [2001] 33 (4): 431-438</i>
LACKNER, KARL/ KÜHL, KRISTIAN	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München 2001. <i>Zit. Lackner/Kühl, StGB²⁴</i>
LAMB, DAVID	Ethical Principles and Living Organ Donation, in: Malacrida, R. et al (Hrsg.), Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai Vivi, Corbaro 9, Edizioni Alice, Comano 1999 S. 73 ff. <i>Zit. Lamb, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi</i>
LAMMERSMANN, BIRGIT	Medizinische Eingriffe an einwilligungsunfähigen Personen: Die Position der Biomedizin-Konvention des Europarates im Spannungsfeld zwischen Forschungsbedarf der Medizin und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Recht & Psychiatrie [1999] 157 ff. <i>Zit. Lammersmann, a.a.O.</i>
LANGENEGGER, ERNST	Die Beistandschaft, Kommentierung der Art. 392-395 ZGB, in: Honsell, H./Vogt, N. P./ Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,

-
- Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. *Zit. BSK ZGB I-Langenegger, Art. 392*
- LANTOS, JOHN D. The Ethical Assesment of Innovative Therapies: Liver Transplantation Using Living Donors, in: Koren, G. (Ed.) Textbook of Ethics in Pediatric Research, Malabar (USA) 1993, S. 137 ff.
Zit. Lantos in: Ethics in Pediatric Research
- LAUFS, ADOLF Rechtsfragen der Organtransplantation, in: Hiersche, H.-D. et al. (Hrsg.), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Heidelberg etc. 1990, S. 57 ff.
Zit. Laufs, in: Rechtliche Fragen der Organtransplantation
- LEBIT, LYNN E. Compelled Medical Procedures Involving Minors and Incompetents and Misapplication of the Substituted Judgement Doctrine, Journal of Law and Health, Volume 7, pages 107-130, 1992 (Ebenfalls publiziert: www.cirp.org/library/legal/lebit/ [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Lebit, a.a.O.*
- LEGATO, MARIANNE J. Rethinking circumcision: Medical Intervention, Religious Ceremony, or Genital Mutilation? Journal of Gender-Specific Medicine 5 (4) 8-10, 2002 July-August. *Zit. Legato, J Gend Specif Med [2002] 5 (4):8-10.*
- LEIDINGER, FRIEDRICH Müssen Demenzkranke ein «Sonderopfer für die Forschung» bringen? - Für eine neue Wissenschaft von der Demenz, KritV [1998] 88 ff.
Zit. Leidinger, a.a.O.
- LENCKNER, THEODOR Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. (dt.) StGB, in: Schönke, A./Schröder, H. et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 26. Aufl., München 2001, S. 540 ff. *Zit. Lenckner, in: Schönke/Schröder²⁶*
- LENCKNER, THEODOR/
PERRON, WALTER Kommentar zu den §§ 32 ff. (dt.) StGB, in: Schönke, A./Schröder, H. et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 26. Aufl., München 2001, S. 600 ff.
Zit. Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder²⁶
- LENARD, HANS-GERD Kinderheilkunde: Wissenschaftliche Forschung mit Kindern, in: Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen Personen, Sankt Augustin 1997, S. 11 ff.

	<i>Zit. Lenard, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung</i>
LEUBA, AUDREY	Kommentierung der Art. 407 - 412 ZGB, in: Hon- sell, H./ Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kom- mentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetz- buch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. <i>Zit.</i> <i>BSK ZGB I-Leuba, Art. 407</i>
LILIE, HANS	Forschung am Menschen in Deutschland - Rechts- grundlagen und Rechtsentwicklung; in: Lippert, H.-D. et al. [Hrsg.], Forschung am Menschen; Berlin etc. 1999; S. 1 ff. <i>Zit. Lilie, in: Forschung am Menschen</i>
DERS.	Vor § 223, Straftaten gegen die körperliche Unver- sehrtheit, in: Jähnke, B. et al. (Hrsg.), StGB, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11. Aufl., Berlin/New York 1992 ff. <i>Zit. LK¹¹-Lilie, Vor § 223</i>
MAIO, GIOVANNI	Zur Begründung einer Ethik der Forschung an nicht einwilligungsfähigen Patienten, ZEE [2001] 135 ff. <i>Zit. Maio, a.a.O.</i>
MASTRONARDI, PHILIPPE	Kommentierung zu Art. 7 BV, in: Ehrenzeller, B. et al. (Hrsg.), die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zürich etc. 2002, S. 77 ff. <i>Zit. Mastro-</i> <i>nardi, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV</i>
DERS.	Menschenwürde als materielle Grundnorm des Rechtsstaates? in: Thürer D. et al. (Hrsg.), Verfas- sungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, § 14, S. 233 ff. <i>Zit. Mastronardi, in: Verfassungsrecht der Schweiz</i>
MAY, ARND T.	Autonomie und Fremdbestimmung bei medizinischen Entscheidungen für Nichteinwilligungsfähige, 2. Aufl., Münster 2001 (zugleich: Diss. Bochum 2000). <i>Zit. May, Autonomie und Fremdbestimmung</i>
MAZAL, WOLFGANG	Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in: Mazal, W. (Hrsg.), Grenzfragen der ärzt- lichen Behandlung, Wien 1998, S. 27 ff. <i>Zit. Mazal,</i> <i>in: Grenzfragen der ärztlichen Behandlung</i>
MEIER, PHILIPPE	L'avant-projet de révision du droit de la tutelle - Pré- sentation générale, ZVW [2003] 207 ff. <i>Zit. Meier, a.a.O.</i>

DERS.	Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, Fribourg 1994 (zugleich Diss. Fribourg 1994). <i>Zit. Meier, Consentement</i>
MERKEL, REINHARD	An den Grenzen von Medizin, Ethik und Strafrecht: Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge, in: Roxin, C./Schroth, U. Medizinstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart etc. 2001, S. 145 ff. <i>Zit. Merkel, in: Medizinstrafrecht</i>
DERS.	Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmassliche Einwilligung bei Patienten mit appallischem Syndrom - zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, ZStW 107 [1995] 545 ff. <i>Zit. Merkel, a.a.O.</i>
MEYER, GABY	Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, zugleich eine Besprechung des so genannten Zahnextraktionsfalles (BGH NJW [1978] 1206); Frankfurt a.M. etc. 1994 (zugleich Diss. Kiel 1993). <i>Zit. Meyer, Zahnextraktionsfall</i>
MICKELSON, E.M./ PETERS-DORF, E./ ANASETTI, C./ MARTIN, P/ WOOLFREY, A./ HANSEN, J.A.	HLA matching in hematopoietic cell transplantation, Human Immunology 61 (2): 92-100, 2000 February. <i>Zit. Mickelson et al., Hum Immunol [2000] 61 (2): 92-100</i>
MILL, JOHN STUART	On liberty, and other essays; edited with an introduction. by John Gray, Oxford etc. 1991/98 (zuerst erschienen London 1859). <i>Zit. Mill, On Liberty</i>
MÜLLER, JÖRG PAUL	Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999. <i>Zit. Müller, Grundrechte in der Schweiz</i>
DERS.	Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht [2000], Sondernummer zum 60. Geburtstag von Wolfgang Wiegand, S. 119 ff. <i>Zit. Müller, a.a.O.</i>
MÜLLER-DIETZ, HEINZ	Mutmassliche Einwilligung und Operationserweiterung, (Anmerkung zu BGH Beschl. vom 25. 3 1988 - 2 StR 93 / 88; NJW [1988] 2310), Jus [1989] 280 ff. <i>Zit. Müller-Dietz, a.a.O.</i>
NÄGELI, MAX	Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984 (zugleich Diss. Zürich 1983).

	<i>Zit. Nägeli, Handlungsunfähige Patienten</i>
NOLL, PETER	Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955. <i>Zit. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe</i>
PAWLOWSKI, HANS-MARTIN	Zu den Grundlagen der Bioethik: Verfassungsrecht oder Moral? Zum Verhältnis von Recht und Moral - nicht nur in Deutschland, ZRPh [2003] 71 ff. <i>Zit. Pawlowski, a.a.O.</i>
PETER, CHRISTOPH	Forschung am Menschen, Diss. Regensburg 2000. <i>Zit. Peter, Forschung</i>
PICKER, EDUARD	Menschenrettung durch Menschennutzung? JZ [2000] 693 ff. <i>Zit. Picker, a.a.O.</i>
POETS, C. F.	When do infants need additional inspired oxygen? A review of the current literature, Pediatric Pulmonology 26 (6): 424-428, 1998 December. <i>Zit. Poets, Pediatr Pulmonol [1998] 26 (6): 424-428</i>
POHLMANN-EDEN, BERND/ VAN ACKERN, KLAUS	Intensiv- und Notfallmedizin: Sinn und Notwendigkeit von Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen, in: Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung zur Forschung mit Einwilligungsunfähigen Personen, Sankt Augustin 1997, S. 23 ff. <i>Zit. Pohlmann-Eden/van Ackern, in: Arbeitspapier Adenauer-Stiftung</i>
RADAU, WILTRUD CHRISTINE/ LOSCH, BERNHARD	Biomedizinische Humanexperimente mit Einwilligungsunfähigen, ARSP [2000] 423 ff. <i>Zit. Radau / Losch, a.a.O.</i>
REHBERG, JÖRG/ DONATSCH, ANDREAS	Strafrecht I, Verbrechenslehre, 7. Auflage, Zürich 2001. <i>Zit. Rehberg/Donatsch, Strafrecht I</i>
REHBERG, JÖRG	Arzt und Strafrecht, in: Honsell, H. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 303 ff. <i>Zit. Rehberg in: Handbuch Arztrecht</i>
REHBOCK, THEDA	Autonomie - Fürsorge - Paternalismus, zur Kritik (medizin-)ethischer Grundbegriffe, EthikMed [2002] 131 ff. <i>Zit. Rehbock, a.a.O.</i>
REUSSER, KATHRIN	Patientenwille und Sterbebeistand, Zürich 1994 (zugleich Diss. Zürich 1994). <i>Zit. K. Reusser, Patien-</i>

tenwille

- REUSSER, RUTH Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Ehrenzeller, B. et al., die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zürich etc. und Lachen 2002, S. 164 ff. *Zit. R. Reusser, St. Galler Kommentar zu Art. 13 BV N 1 ff.*
- REUSSER, RUTH Das Konzept des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 49 ff. *Zit. R. Reusser in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin*
- REUSSER, RUTH/
LÜSCHER, KURT Kommentierung zu Art. 11 BV, in: Ehrenzeller, B. et al., die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zürich etc. und Lachen 2002, S. 164 ff. *Zit. R. Reusser/K. Lüscher, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV N 1 ff.*
- RICHLI, PAUL Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP [2002] 340 ff. *Zit. Richli, a.a.O.*
- RIEMER, HANS MICHAEL Die Vertretung bei der Ausübung von Rechten, die unmündigen oder unter einer vormundschaftlichen Massnahme stehenden Personen „um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“, ZVW [1998] 216 ff. *Zit. Riemer, a.a.O.*
- DERS. Willensvertretung bei Betagten, recht [1998] 21 ff. *Zit. Riemer, a.a.O.*
- ROSENDAHL, W. Erkrankungen des Urogenitalsystems, in: Niessen, K.-H. (Hrsg.), Pädiatrie, 5. Aufl., Stuttgart etc. 1999, S. 485 ff. *Zit. Rosendahl, in: Pädiatrie*
- ROSENKE, MARION Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, Frankfurt a.M. etc. 2000 (zugleich Diss. Bielefeld 1999). *Zit. Rosenke, weibliche Genitalverstümmelung*
- ROTHÄRMEL, SONJA/
WOLFSLAST, GABRIELE/
FEGGERT, JÖRG MICHAEL Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept? MedR [1999] 293 ff. *Zit. Rothärmel/Wolfslast/Feggert, a.a.O.*
- ROUKA, STELLA Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei

	ärztlichen Eingriffen, Frankfurt a.M. etc 1996 (zugl. Diss. Frankfurt a.M. 1994). <i>Zit. Rouka, Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen</i>
ROXIN, CLAUD	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München 1997. <i>Zit. Roxin, AT I</i>
DERS.	Über die mutmassliche Einwilligung, in: Stratenwerth, G. et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin etc. 1974, S. 447 ff. <i>Zit. Roxin, in: FS-Welzel</i>
RUBINSTEIN, P./ STEVENS, C.E.	The New York Blood Center's Placental/Umbilical Cord blood Programm. Experience with a 'New' Source of Hematopoietic Stem Cells for Transplantation; in: Holzgreve, W./Lessl, M. (Hrsg.), Stem cells from cord blood, in utero stem cell development, and transplantation- inclusive gene therapy / Ernst Schering Research Foundation Workshop; 33.; S. 47 ff.; Berlin etc. 2001. <i>Zit. Rubinstein/Stevens, in: Stem cells from cord blood</i>
SCHEFER, MARKUS	Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001. <i>Zit. Schefer, Kerngehalte</i>
SCHIMIKOWSKI, PETER	Experiment am Menschen, Stuttgart 1980. <i>Zit. Schimikowski, Experiment am Menschen</i>
SCHLAURI, REGULA	Ist die Menschenwürde Grundrecht oder Verfassungsprinzip?, in: Gächter, T./Bertschi, M., Neue Akzente der „nachgeführten Bundesverfassung“, Zürich 2000, S. 73 ff. <i>Zit. Schlauri, in: Neue Akzente</i>
SCHMIDT-DIDCUHN, ANDREA	Transplantationsmedizin in Ost und West im Spiegel des Grundgesetzes, ZRP [1991]264 ff. <i>Zit. Schmidt-Didcuhn, a.a.O.</i>
SCHNYDER, BERNHARD/ MURER, ERWIN	Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, in: Meier-Hayoz, A. (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilrecht, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschaftsrecht, 3. Aufl., Bern 1984. <i>Zit. BeKo-ZGB-Schnyder/Murer, Art. 360 N 1 ff.</i>
SCHÖNING, ROLF	Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Zürich 1996 (zugleich Diss. Zürich 1996). <i>Zit. Schöning, Organtransplantation</i>

SCHROTH, ULRICH	Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendspende, in: Roxin, C./Schroth, U. (Hrsg.), <i>Medizinstrafrecht</i> , 2. Aufl., Stuttgart etc. 2001, S. 271 ff. <i>Zit. Schroth, in: Medizinstrafrecht</i>
DERS.	Die berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, <i>Jus</i> [1992] 476 ff. <i>Zit. Schroth, a.a.O.</i>
SCHUBARTH, MARTIN	Kommentar zum schweizerischen Strafrecht - Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111-136 StGB. <i>Zit. Schubarth-Kommentar Art. 111 ff. StGB</i>
SCHULTZ, HANS	Die eigenmächtige Heilbehandlung: eine kantonalrechtliche Lösung? <i>ZStrR</i> [1990] 281 ff. <i>Zit. Schultz, a.a.O.</i>
SCHWAB, DIETER	Stellvertretung bei der Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Aufriss der Problemen, in: Gottwald, E. et al. (Hrsg.), <i>Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag</i> : 1. Dezember 2000, Bielefeld 2000, S. 511 ff. <i>Zit. Schwab, in: FS-Henrich</i>
SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN/	Tötung, Vorbemerkungen zu Art. 111 StGB, in: Niggli, M. A./ Wiprächtiger, H. (Hrsg.), <i>Basler Kommentar Strafgesetzbuch II</i> , Art. 111-401 StGB, Basel etc. 2003. <i>Zit. BSK StGB II-Schwarzenegger, Vor Art. 111</i>
SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN/ HEIMGARTEN, STEFAN	Schwangerschaftsabbruch, Kommentierung der Art. 118 ff StGB, in: Niggli, M. A. / Wiprächtiger, H. (Hrsg.), <i>Basler Kommentar Strafgesetzbuch II</i> , Art. 111-401 StGB, Basel etc. 2003. <i>Zit. BSK StGB II-Schwarzenegger/Heimgarten, Art. 118</i>
SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW)	Betreuung von Patienten am Lebensende - Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW (Vernehmlassungsentwurf), SÄz [2004] 288 ff. www.samw.ch/content/Richtlinien/d_RL_Sterbehilfe.pdf [Stand: 5. März 2004] <i>Zit. SAMW, Richtlinien zur Betreuung von Patienten am Lebensende (Vernehmlassungsentwurf 2004)</i>
DIES.	Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten - Medizinisch-

	<p>ethische Richtlinien der SAMW (in der Version vom 27. November 2003), SÄz [2004] 50 ff. www.samw.ch/content/Richtlinien/d_RL_PVS.pdf [Stand: 5. März 2004]; <i>Zit. SAMW, Richtlinien zur Behandlung zerebral schwerst Geschädigter (2003)</i></p>
DIES.	<p>Medizinisch-ethische Richtlinien zur Sterilisation geistig behinderter Menschen (Vernehmlassungsentwurf), SÄz [2000] 389 ff.; <i>Zit. SAMW, Richtlinien zur Sterilisation geistig behinderter Menschen (Vernehmlassungsentwurf 2000)</i></p>
DIES.	<p>Empfehlungen zur Sterilisation von Menschen mit geistiger Behinderung - Ergänzung zu den Richtlinien von 1981 (in der Version vom 12. Juni 2001), SÄZ [2001] 542 ff. www.samw.ch/content/Richtlinien/d_Empf_Sterilisation.pdf [Stand: 20. Februar 2004] <i>Zit. SAMW, Empfehlungen zur Sterilisation geistig Behinderter (2001)</i></p>
DIES.	<p>Medizinisch-ethische Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin (in der Version vom 3. Juni 1999), SÄz [1999] 2134 ff. www.samw.ch/content/Richtlinien/d_Intensivmedizin.pdf [Stand: 20. Februar 2004] <i>Zit. SAMW, Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin (1999)</i></p>
DIES.	<p>Medizinisch-ethische Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten (in der Version vom 24. Februar 1995); SÄz [1995] 1223 ff. www.samw.ch/content/Richtlinien/d_Sterbehilfe.pdf [Stand: 20. Februar 2004] <i>Zit. SAMW, Richtlinien für die ärztliche Betreuung Sterbender (1995)</i></p>
SCHWEIZERISCHER NATIONALFONDS, NATIONALES FORSCHUNGSPROGRAMM 46 - IMPLANTATE, TRANSPLANTATE	<p>Themenheft 2: Stammzellen, Herausforderungen für die Forschung - Hoffnung für Patienten, Basel 2003. <i>Zit. Schweizerischer Nationalfonds, Nationales Forschungsprogramm 46 Implantate, Transplantate, Themenheft 2: Stammzellen</i></p>
SCHWENZER, INGEBORG	<p>Die elterliche Sorge, Kommentierung der Art. 296-306 ZGB, in: Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel etc. 2002. <i>Zit. BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 296</i></p>

-
- SEELMANN, KURT Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen, in: Amelung, K. et al. (Hrsg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, S. 853 ff.
Zit. Seelmann, in FS-Schreiber
- DERS. Das unechte Unterlassungsdelikt, Kommentierung des Art. 1 StGB N. 40 ff., in: Niggli, M. A./ Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel etc. 2003.
Zit. BSK StGB I-Seelmann, Art. 1 N 40 ff.
- DERS. Rechtmässige Handlungen, Kommentierung der Art. 32 ff StGB, in: Niggli, M. A./Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel etc. 2003.
Zit. BSK StGB I-Seelmann, Art. 32
- DERS. Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz, in: Brudermüller, G. et al. (Hrsg.), Suizid und Sterbehilfe, Würzburg 2003, S. 135 ff.
Zit. Seelmann, in: Suizid und Sterbehilfe
- DERS. Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch, A. et al., Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte; Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag; Zürich 2002, S. 569 ff.
Zit. Seelmann, in: FS-Trechsel
- DERS. Rechtsphilosophie, 2. Auflage, München 2001.
Zit. Seelmann, Rechtsphilosophie
- DERS. Legal and Ethical Issues Involved in Cord Blood Transplantations and Banking; in: Holzgreve, W./ Lessl, M. [Hrsg.], Stem cells from cord blood, in utero stem cell development, and transplantation- inclusive gene therapy / Ernst Schering Research Foundation Workshop; 33.; Berlin etc. 2001, S. 85 ff.
Zit. Seelmann, in: Stem Cells from Cord blood
- DERS. Strafrecht Allgemeiner Teil, Basel etc. 1999.
Zit. Seelmann, AT
- DERS. Wozu Rechtsphilosophie?, BJM [1997] 57 ff.
Zit. Seelmann, a.a.O.

DERS.	Wechselseitige Anerkennung und Unrecht - Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP [1993] 228 ff. <i>Zit. Seelmann, a.a.O.</i>
DERS.	Versuch einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, JRE [1993] 315 ff. <i>Zit. Seelmann, a.a.O.</i>
DERS.	Hegels Straftheorien in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, Jus [1979] 687 ff. <i>Zit. Seelmann, a.a.O.</i>
DERS.	Das Verhältnis von § 34 StGB zu andern Rechtfertigungsgründen, Heidelberg etc. 1978. <i>Zit. Seelmann, Verhältnis von § 34 StGB zu andern Rechtfertigungsgründen</i>
SOBOTA, KATHARINA	Patientenrecht und Forschungsfreiheit. Ein Konflikt aufgezeigt am Beispiel der klinischen Forschung an nicht-einwilligungsfähigen Patienten, in: Ziemke, B. et al. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik - Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 367 ff. <i>Zit. Sobota, in: FS-Kriele</i>
SOMVILLE, T/ BENDER, H. G.	Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe e.V. zum Angebot der Firma Vita 34 zur Konservierung von Nabelschnurblut, Frauenarzt [1998] 39 (4): 513. <i>Zit. Somville/Bender, a.a.O.</i>
SPRANGER, TADE MATTHIAS	Fremdnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, Bioethik und klinische Arzneimittelprüfung; MedR [2001] 238 ff. <i>Zit. Spranger, a.a.O.</i>
SPRUMONT, DOMINIQUE	Réflexion juridique sur le don d'organes par des personnes vivantes, in : Malacrida, R. et al (Hrsg.), Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai Vivi, Corbaro 9, Edizioni Alice, Comano 1999 S. 85 ff. <i>Zit. Sprumont, in: Donazioni e trapianti d'organo - I trapianti dai vivi</i>
DERS.	La protection des sujets de recherche, Bern 1993 (zugleich Diss. Freiburg i. Ue. 1992). <i>Zit. Sprumont, Protection des sujets de recherche</i>
STAAK, MICHAEL	Wesen und Bedeutung der Unterscheidung zwischen

	therapeutischen und rein wissenschaftlichen Versuchen, in: Deutsch, E/Taupitz, J. [Hrsg.], <i>Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin: Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki</i> , Berlin etc. 2000, S. 273 ff. <i>Zit. Staak, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle</i>
STEFFEN, GABRIELLE/ GUILLOD, OLIVIER	Landesbericht Schweiz, in: Taupitz, J. (Hrsg.), <i>Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates</i> , Berlin etc. 2002, S. 351 ff. <i>Zit. Steffen/Guillod, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin</i>
STEINBROOK, ROBERT	Testing Medications in Children, <i>New England Journal of Medicine</i> 347 (18): 1462-1470, 2002 Oct 31; <i>Zit. Steinbrook, N Engl J Med [2002] 347 (18): 1462-1470</i>
STETTLER, MARTIN	La sauvegarde des intérêts des personnes incapables de discernement dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, <i>ZVW</i> [2003] 258 ff. <i>Zit. Stettler, a.a.O.</i>
STRATENWERTH, GÜNTER	Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 1996. <i>Zit. Stratenwerth, AT I</i>
DERS.	Prinzipien der Rechtfertigung, <i>ZStW</i> [1956] 41 ff. <i>Zit. Stratenwerth, a.a.O.</i>
STRATENWERTH, GÜNTER/ JENNY, GUIDO	Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage, Bern 2003. <i>Zit. Stratenwerth/Jenny, BT I</i>
STRÄTLING, MEINOLFUS/ EISENBART, BETTINA/ SCHARF, VOLKER EDWIN	Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen unter epidemiologisch-demographischen Gesichtspunkten: Wie realistisch sind die Vorgaben des deutschen Betreuungsrechts? <i>MedR</i> [2000] 251 ff. <i>Zit. Strätling/Eisenbart/Scharf, a.a.O.</i>
STÜRCHLER, NIKOLAS	Heilmittel für seltene Krankheiten, <i>AJP</i> [2002] 883 ff. <i>Zit. Stürchler, a.a.O.</i>
SURBEK, DANIEL/ HOLZGREVE, WOLFGANG	Stammzellen aus Nabelschnurblut: Aktuelle Bedeutung und künftiges Potential, <i>Therapeutische Umschau</i> 59 (11) 577-582, November 2002. <i>Zit. Surbek/Holzgreve, Therapeutische Umschau [2002] 59 (11) 577 ff.</i>

DIES.	Nabelschnurblut-Spenden für Stammzelltrans- plantationen, <i>SaZ</i> [2000] 2285 ff. <i>Zit. Surbek/Holzgreve, a.a.O.</i>
SVOBODA, J. STEVEN / VAN HOWE, ROBERT S./ DWYER, JAMES G.	Informed Consent for Neonatal Circumcision :An Ethical and Legal Conundrum, <i>The Journal of Con- temporary Health Law Policy</i> 17: 61-133, 2000 Fall (ebenfalls publiziert: www.cirp.org/library/legal/ conundrum/ [Stand 20. Februar 2004]). <i>Zit. Svoboda et al., J Contemporary Health Law Policy</i> 17 [2000] 61-133
TAG, BRIGITTE	Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin etc. 2000 (zugleich: Habil. Heidelberg 1999/2000). <i>Zit. Tag, Körperverletzungstatbestand</i>
TAUPITZ, JOCHEN	Forschung mit Kindern, <i>JZ</i> [2003] 109 ff. <i>Zit. Taupitz, a.a.O.</i>
DERS.	Biomedizinische Forschung zwischen Freiheit und Verantwortung - Der Entwurf eines Zusatzprotokolls über biomedizinische Forschung zum Menschen- rechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europara- tes, Berlin etc. 2002. <i>Zit. Taupitz, Biomedizinische Forschung</i>
DERS.	Die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin zwi- schen Kritik und Zustimmung, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 1 ff. <i>Zit. Taupitz in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin</i>
DERS.	Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heil- behandlung - insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundes- gerichtshofes, in: Canaris, C.-W. et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe der Wissenschaft, Band I. Bürgerliches Recht, München 2000, S. 497 ff. <i>Zit. Taupitz, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichts- hof, Band I</i>
DERS.	Internationale Regeln zur medizinischen Forschung an Minderjährigen, in: Fegert, J.M. et al. (Hrsg.), Atypische Neuroleptika in der Jugendpsychiatrie; Stuttgart 1999, S. 47 ff. <i>Zit. Taupitz, in: Atypische</i>

Neuroleptika

- DERS. Die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin - akzeptabel, notwendig oder unbrauchbar für die Bundesrepublik Deutschland? VersR [1998] 542 ff. *Zit. Taupitz, a.a.O.*
- TAUPITZ, JOCHEN/
BREWE, MANUELA/
SCHELLING, HOLGER Landesbericht Deutschland, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S. 409 ff. *Zit. Taupitz/Brewe/Schelling, in: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin*
- TAUPITZ, JOCHEN/
FRÖHLICH UWE Medizinische Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen - Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission, VersR [1997] 911 ff. *Zit. Taupitz/Fröhlich a.a.O.*
- TAYLOR, CHARLES Hegel, (zuerst erschienen Cambridge 1975), deutsche Übersetzung von Gerhard Fehn, 4. Auflage, Frankfurt a.M. 1998. *Zit. Taylor, Hegel*
- TERCIER, PIERRE Qui sont nos «proches»? in: Gauch, P. et al. (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 799 ff. *Zit. Tercier, in: FS-Schnyder*
- TOLMEIN, OLIVER Die drohende Zunahme von Demenz-Erkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzung durch fremdnützige Forschung?, KritV [1998] 52 ff. *Zit. Tolmein, a.a.O.*
- DERS. Tödliches Mitleid - Kritische Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofes im „Kemptener-Fall“ (NJW 1995, 204); KJ [1996] 510 ff. *Zit. Tolmein, a.a.O.*
- TRECHSEL, STEFAN/
NOLL, PETER Schweizerisches Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. Auflage, Zürich 1998. *Zit. Trechsel/Noll, AT I*
- TRECHSEL, STEFAN/
SCHLAURI, REGULA Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz - Rechtsgutachten z.Hd. der Unicef Schweiz, Zürich 2003. *Zit. Trechsel/Schlauri, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz*
- TRÖNDLE, HERBERT/ Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage,

FISCHER, THOMAS	München 2003. <i>Zit. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch</i> ⁵¹
TUOR, PETER/ SCHNYDER, BERNHARD/ SCHMID, JÖRG/ RUMO-JUNGO, ALEXANDRA	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002. <i>Zit. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch</i>
UHLENBRUCK, WILHELM	Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, MedR [1992] 134 ff. <i>Zit. Uhlenbruck, a.a.O.</i>
DERS.	Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, in: Ahrens, H.-J. et al., Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 849 ff. <i>Zit. Uhlenbruck, in: FS-Deutsch</i>
UHLENBRUCK, WILHELM/ ULSENHEIMER, KLAUS	§ 126 Die Sterilisation, in: Laufs, A. et al. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002. <i>Zit. Uhlenbruck/Ulsenheimer in: (Laufs, A.) Handbuch Arztrecht, § 126</i>
VOLL, DORIS	Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt a.M. et al. 1996 (zugleich Diss. Heidelberg 1995). <i>Zit. Voll, Arztrecht</i>
VOLLMANN, JOCHEN	«Therapeutische» versus «nicht-therapeutische» Forschung - eine medizinisch plausible Differenzierung?, Ethik Med [2000] 12: 65 ff. <i>Zit. Vollmann, a.a.O.</i>
WACHENHAUSEN, HEIKE	Medizinische Versuche und klinische Prüfungen an Einwilligungsunfähigen, Frankfurt a.M. et al. 2001 (zugleich Diss. Göttingen 1998). <i>Zit. Wachenhausen, Einwilligungsunfähige</i>
WAGNER, J.E./ KERNAN, N.A./ STEINBUCH, M./ BROXMEYER, H.E./ GLUCKMAN, E.	Allogenic sibling umbilical-cord-blood transplantation in children with malignant and non-malignant disease, Lancet 346 (8969): 214-219, 1995 July 22. <i>Zit. Wagner/Kernan et al., Lancet [1995] 346 (8969): 214-219</i>
WAGNER, J.E./ BROXMEYER, H.E./ BYRD, R.L./ZENHAUSER, B./ SCHMECKPEPER, B./ SHAH, N./GRIFFIN, C./	Transplantation of umbilical cord blood after myeloablative therapy: analysis of engraftment, Blood 79 (7): 1874-1881, 1992 April 1. <i>Zit. Wagner/Broxmeyer et al. Blood [1992] 79 (7):1874-1881.</i>

-
- EMANUEL, P.D./
ZUCKERMANN, K.S./
COOPER, S.
- WEBER, ULRICH Zur strafrechtsgestaltenden Kraft des Zivilrechts, in: Grunsky, W. et al. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 133 ff. *Zit. Weber, in: FS-Baur*
- WEISSENBERGER, PHILIPPE Die Einwilligung des Verletzten bei Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996 (zugleich Diss. Basel 1996). *Zit. Weissenberger, Einwilligung*
- WIEGAND, WOLFGANG Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell, H. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff. *Zit. Wiegand in: Handbuch Arztrecht*
- WILDHABER, ISABELLE Landesbericht Schweiz, in: Deutsch, E / Taupitz, J. [Hrsg.], Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin: Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki, Berlin etc. 2000, S. 185 ff. *Zit. Wildhaber, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle*
- DIES. Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki, Säk [1999] 2585 ff. *Zit. Wildhaber, a.a.O.*
- WINDELER, JÜRGEN Rechtliche und ethische Konfliktbereiche bei der Planung und Durchführung klinischer Studien; in: Lippert, H.-D. et al. [Hrsg.], Forschung am Menschen; Berlin etc. 1999; S. 65 ff. *Zit. Windeler, in: Forschung am Menschen*
- WOLFLAST, GABRIELE Einwilligungsfähigkeit im Lichte der Bioethik-Konvention, KritV [1998] 74 ff. *Zit. Wolflast, a.a.O.*
- WÖLK, FLORIAN Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR [2001], S. 80 ff. *Zit. Wölk, a.a.O.*
- WUNDER, MICHAEL Unrecht durch Ungleichbehandlung oder Gleichbehandlung im Unrecht? (Erwiderung auf E. Picker, JZ [2000] 693 ff.), JZ [2001] 344 f. *Zit. Wunder, a.a.O.*
- ZHI, J./MELIA, A.T./
GUERCIOLINI, R./CHUNG, J./
KINBERG, J./
HAUPTMANN, J.B./ Retrospective population-based analysis of the dose-response (fecal fat excretion) relationship of orlistat in normal and obese volunteers, Clinical Pharmacology & Therapeutics 56 (1) 82-85, July 1994. *Zit. Zhi et al.,*

PATEL, I.H.

Clin Pharmacol Ther [1994] 56 (1) 82 ff.

Materialien

Biomedizin-Konvention

Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin); Text des Übereinkommens publiziert im Anhang an die diesbezügliche Botschaft des Bundesrates vom 12. September 2001, BBL [2002] 271, 340 ff. Englische Originalversion: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm> [Stand: 20. Februar 2004]. Zit. *Biomedizin-Konvention*

Botschaft des Bundesrates vom 12. September 2001 betreffend das Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), BBL [2002] 271 ff.; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/271.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. Zit. *Botschaft Biomedizin-Konvention*

Council of Europe, Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine; <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/html/164.htm> [Stand: 20. Februar 2004]. Zit. *Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine*

Council of Europe - Steering Committee on Bioethics (CDBI), Draft additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research (Version vom 23. August 2003), [www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF\(2003\)6eREV.pdf](http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF(2003)6eREV.pdf) [Stand: 20. Februar 2004]. Entwurf zu einem Zusatzprotokoll über die biomedizinische Forschung in der Version vom 18. Juli 2001 abgedruckt in: Taupitz - biomedizinische Forschung, S. 197 ff.

Bundesverfassung

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBL [1997] 1 ff.; www.bj.admin.ch/themen/bvreform/bv-bot96-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004]

Erwachsenenschutzrecht

Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts; Erwachsenenschutz Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), o.O., Juni 2003 (www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-d.htm) [Stand: 20. Februar 2004]. Zit. *VE-Erwachsenenschutz [2003]*

Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts; Erwachsenenschutz Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), o.O., Juni 2003; www.ofj.admin.ch/themen/vormund/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004].

Zit. Bericht-Erwachsenenschutz [2003]

Revision des Vormundschaftsrechts, Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz), o.O., Juni 1998, www.bj.admin.ch/themen/vormund/vn-veber-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. VE-Erwachsenenschutz [1998]*

Revision des Vormundschaftsrechts, Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz), o.O., Juni 1998; www.bj.admin.ch/themen/vormund/vn-veber-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Bericht-Erwachsenenschutz [1998]*

Heilmittelgesetz

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999; BBl [1999] 3453 ff.; www.bag.admin.ch/heilmitt/gesetz/d/botschaft%20hmg_d.pdf [Stand: 20. Februar 2004].

Zit. Botschaft-Heilmittelgesetz

Schwangerschaftsabbruch

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bericht vom 19. März 1998 über die parlamentarischen Initiative - Änderung des Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch, BBl [1998] 3005 ff.; www.bj.admin.ch/themen/stgb-sabbruch/ber-rk-n-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Bericht -Schwangerschaftsabbruch*

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Entwurf zu einer Änderung des Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch, BBl [1998] 3020 f.; www.bj.admin.ch/themen/stgb-sabbruch/ber-rk-n-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004].

Zit. Entwurf-Schwangerschaftsabbruch

Stellungnahme des Bundesrates von 26. August 1998 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates über die parlamentarischen Initiative - Änderung des Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch, BBl [1998] 5376 ff.

Zit. Stellungnahme BR Schwangerschaftsabbruch

Botschaft zur Volksinitiative „für Mutter und Kind - für den Schutz des ungeborenen Kindes und für die Hilfe an seine Mutter in Not“ (Initiative „für Mutter und Kind“) vom 15. November 2000, BBl [2001] 675 ff.; www.bj.admin.ch/themen/stgb-sabbruch/bot-initiative-d.pdf [Stand: 20. Februar 2004].

Zit. Botschaft zur Volksinitiative „für Mutter und Kind“

Sterilisation

Entwurf zu einem Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz), BBl [2003] 6345 ff.; www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Entwurf-Sterilisationsgesetz 2003*

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bericht vom 23. Juni 2003 zur Parlamentarischen Initiative Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten); www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Bericht-Sterilisationsgesetz [2003]*

Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 23. Juni 2003 (Bericht-Sterilisationsgesetz [2003]): Parlamentarische Initiative Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten); www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Stellungnahme-BR-Sterilisationsgesetz [2003]*

Bundesamt für Justiz, Übersicht über die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über Sterilisationen [...]; November 2002, o.O., www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004].

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über Sterilisationen und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. November 2001, o.O.; www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. VE-Sterilisationsgesetz [2001]*

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über Sterilisationen und erläuternder Bericht vom 6. November 2001; www.bj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-d.htm [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Bericht-Sterilisationsgesetz [2001]*

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) Richtlinien zur Sterilisation geistig Behinderter, SÄz [2000] 389 f.

Transplantationsgesetz

Entwurf zu einem Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl [2002] 247 ff.; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/247.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Entwurf-Transplantationsgesetz*

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl [2002] 29 ff.; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/29.pdf [Stand: 20. Februar 2004]. *Zit. Botschaft-Transplantationsgesetz*
